تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك

على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف

لأبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي

المتوفى سنة ٥٤٣ هـ

حققه وعلق عليه

الأستاذ الدكتور أحمد البوشيخي

الجزء الثاني



دار الغرب الإسلامي

تونس

الطبعة الأولى

1430هـ - 2009 م

دار الغرب الإسلامي

العنوان: ص.ب.: 200 تونس 1015


تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك
على منهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف

كتاب الزكاة

باب زكاة العين[1]

مسألة [73]:

[في حكم ما زاد على عشرين دينارًا أو مائتي درهم وإن قل]

إذا زاد الذهب على عشرين دينارًا، أو الفضة على مائتي درهم، أخرج من الزائد على[2] بحسابه، قل ذلك أو كثر[3] **وبه قال علي رضي اللّه عنه،** ويحيى بن سعيد[4]، وعمر بن عبد العزيز[5]، والمشيخة السبعة من فقهاء المدينة[6]، والشافعي[7]، والقاضي أبو يوسف[8]، ومحمد بن الحسن[9].

وقال أبو حنيفة: لا شيء في الزائد على العشرين دينارًا، حتى يكون

---

(1) العين لفظ مشترك يطلق بإزاء معان عدة، منها حاسة البصر، وعين الماء، والجاسوس والدينار، والذهب، وكبير القوم، وما ضرب نقدًا من الدراهم والدنانير والمراد هنا الذهب والفضة.

ن: المغرب: 334، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 53، والقاموس الفقهي 269.

(2) هكذا في الأصل والظاهر أنها زائدة.

(3) ن: التفريع 1 / 273، ورؤوس المسائل لابن القصار 36، والإشراف 1 / 174، والكافي 1 / 250، والمنتقى 2 / 100، والتلقين 46، والبداية 1 / 434 - 435، والقوانين الفقهية 90، والفتح الرباني 1 / 145.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمتهم.

(7) ن: الأم 2 / 43، والتنبيه 59، والوجيز 1 / 92، والمجموع 6 / 16 - 17، وفيه أنه قد قال بهذا في الذهب الجمهور من السلف والخلف، وفي الفضة علي بن أبي طالب، وابن عمر والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن، وأحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) تقدمت ترجمته.

أربعة[1] دنانير فيجب فيها بحسابها، ولا شيء في الزائد على المائتي درهم، حتى يكون أربعين درهمًا، فيجب فيها درهم واحد[2].

واحتج أصحابه بحديث عبادة[3] بن نسي، عن معاذ[4] بن جبل أن رسول الله ﷺ، أمره حين وجهه إلى اليمن أن لا يأخذ من الكسور شيئًا[5] [هـ77]، وقال له: «إذا بلغ الوَرِق[6] مائتي درهم فخذ منها خمسة دراهم، ولا تأخذ مما زاد شيئًا حتى يبلغ أربعين درهمًا فتأخذ منها درهمًا واحدًا»[7].

ولأن كل مال له نصاب[8] في الابتداء، يجب أن يثبت فيه عفو لا شيء

---

(1) في الأصل: أربع.

(2) ن: المبسوط 2 / 189 - 190، وفيه: «وفي مائتين خمسة وما زاد على المائتين فليس فيه شيء حتى يبلغ أربعين ففيها درهم مع الخمسة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهكذا في كل أربعين درهمًا درهم، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب في الزيادة بحساب ذلك قل أو كثر، ثم قال فيه بعده: «لا شيء في الذهب حتى يبلغ عشرين مثقالاً ففيه نصف مثقال، ثم ليس في الزيادة شيء حتى تبلغ أربعة دنانير، ففي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيها قيراطان، وهكذا في كل أربعة مثاقيل، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيما زاد بحساب ذلك».

(3) هو أبو عمر عبادة بن نسي الكندي الأردني قاضي طبرية، خرج له الأربعة. روى عن أبي الدرداء، وأبي موسى وشداد بن أوس، وخباب بن الأرت وخلق، وعنه برد بن سنان والمغيرة بن زياد وطائفة وثقه بن معين والنسائي. قال الهيثم: مات سنة 118هـ. ن: الخلاصة 188.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة، باب ليس في الكسر شيء: 2 / 93 - 94، من طريق المنهال بن الجراح، ثم قال: المنهال بن الجراح متروك الحديث، وهو أبو العطوف واسمه الجراح بن المنهال، وكان ابن إسحاق يقلب اسمه إذا روى عنه، وعبادة بن نسي لم يسمع من معاذ.

(6) الوَرِق: الفضة مضروبة كانت أو غير مضروبة، والمراد هنا المضروبة. والورق يجمع على وراق وأوراق. ن: القاموس الفقهي 378.

(7) هو تتمة الحديث السابق، وفيه ما فيه.

(8) النصاب شرعًا: القدر الذي إذا بلغه المال وجبت الزكاة فيه. ن: القاموس الفقهي 353.

فيه بعد كمال النصاب. أصله: أوقاص[1] المواشي، إذ لا شيء فيها بغير خلاف بيننا وبينكم.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «في الرِّقَة[2] ربع العشر»[3]، وقوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمس أواق[4] من الوَرِق صدقة[5]»[6]، مفهومه[7] إيجاب الصدقة فيها، وفيما زاد عليها.

ولأنها زيادة على نصاب ذهب أو ورق، يمكن إخراج ربع عشرها من غير مشقة دليله: الأربعون درهمًا، والأربعة دنانير.

ولأنه جنس تجب الزكاة في عينه، فلا يكون فيه عفو بعد الإيجاب الأول. أصله: زكاة الحبوب والثمار.

---

(1) الوَقْص في الزكاة هو ما بين النصابين. ن: تهذيب الأسماء واللغات: 3 / 193، وحلية الفقهاء 99، والقاموس الفقهي 385.

(2) الرِّقَة: الفضة، وقيل تقع على الذهب والفضة. ن: حلية الفقهاء 105.

(3) جزء من حديث طويل أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم. عن أنس بن مالك رضي الله عنه فيما كتب له أبو بكر الصديق لما وجهه إلى البحرين.

(4) الأواقي جمع أوقية، والأوقية قديمًا عبارة عن 40 درهمًا، وهي في غير الحديث: نصف سدس الرطل، وهو جزء من 12 جزءًا، وتختلف باختلاف اصطلاح البلاد. ن: النهاية 1 / 80.

(5) المراد بالصدقة هنا الصدقة الواجبة أي الزكاة.

(6) أخرجه النسائي بنصه في كتاب الزكاة باب زكاة الورق عن أبي سعيد الخدري، وأخرجه البخاري في صحيحه بلفظ قريب في كتاب الزكاة، باب ما أدى زكاته فليس بكنز، وباب زكاة الورق، ومسلم في أول الزكاة وأبو داود في الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة، والترمذي في الزكاة باب ما جاء في صدقة الزرع والتمر والحبوب، والنسائي في الزكاة باب زكاة الإبل، ومالك في الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة، وعبد الرزاق في المصنف كتاب الزكاة باب ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، والدارمي في الزكاة، باب ما لا يجب فيه الصدقة من الحبوب والورق والذهب. ورواه غير هؤلاء من المحدثين. كالدارقطني والبيهقي، والإمام أحمد.

(7) أي مفهومه المخالف وهو المعروف بدليل الخطاب.

ولأنه مال يحتمل التجزئة والتبعيض فأشبه الثمار والحبوب[1].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث عبادة[2] بن نسي، فقد تكلم أهل الحديث في روايته وقالوا: إن عبادة[3] بن نسي، لم يسمع من معاذ[4] شيئاً[5]، ولأن الخبر لو صح، لم يكن لهم فيه دليل على ألا شيء فيما دون الأربعين الزائدة، وفيما دون الأربعة دنانير الزائدة، لأنه يحتمل أن يكون قوله عليه السلام: لا يأخذ فيما زاد حتى تبلغ الأربعين درهمًا، فيأخذ منها درهمًا، أي لا يأخذ درهمًا كاملاً فيما دون الأربعين، فإذا كانت الأربعين درهمًا فيأخذ منها درهمًا كاملاً. وإذا تأول على هذا الوجه، لم يكن لهم في الحديث دليل على ألا شيء فيما دون الأربعين.

وقولهم: ولأن كل ما له نصاب في الابتداء، يجب أن يثبت فيه عفو إلى آخر ما ذكروه. منتقض عليهم بزكاة الحبوب والثمار، لأن لها نصابًا في الابتداء، ولا عفو فيها بعد ذلك.

ولا يعترض على هذا بالأوقاص، لأن في إيجاب الزكاة في أوقاص المواشي بجزء منها للفقراء والمساكين، إضرارًا بأرباب المواشي.

* * *

---

(1) في الأصل: الحدود.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) قال في نصب الراية 2 / 367 بعد إيراد حديث معاذ: «وهو حديث ضعيف. قال الدارقطني: المنهال بن الجراح هو أبو العطوف متروك الحديث، واسمه الجراح بن المنهال، وكان ابن إسحاق يقلب اسمه إذا روى عنه، وعبادة بن نسي لم يسمع من معاذ. وقال النسائي: المنهال بن الجراح متروك الحديث، وقال ابن حبان: كان يكذب، وقال عبد الحق: في أحكامه كذاب، وقال الشيخ في «الإمام»: قال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: متروك الحديث واهيه، لا يكتب حديثه. وقال البيهقي: «إسناد هذا الحديث ضعيف جدًا».

باب

مسألة [74]:

[في الذهب والفضة هل يجمعان في الزكاة أم لا]

يجمع الذهب والفضة في الزكاة، فمن له مائة درهم وعشرة دنانير، فليخرج من كل مال ربع عشره[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: لا يجمع بينهما، ولا زكاة في واحد منهما حتى يبلغ بانفراده ما يجب فيه الزكاة[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: إنهما مالان من جنسين مختلفين، أحدهما ذهب، والآخر فضة، وكل من الثمنين[4] اسم لنفسه وعينه لا لغيره، فإذا تغايرا اسمًا، تغايرا عينًا، لأنا نعلم قطعًا أن الذهب غير الفضة، والفضة غير الذهب، ولئن جاز أن يقال في هذا أنهما مال واحد، لجاز أن يقال: إن البقر والغنم مال واحد. قالوا: [وإذا ثبت][5] الاختلاف عينًا ثبت حسًا وحكمًا لا محالة.

ولأنهما جنسان مختلفان يجوز التفاضل في بيع بعضهما ببعض، فلم يجز

---

(1) ن: التفريع 1 / 274، ورؤوس المسائل لابن القصار 36 - 37، والإشراف 1 / 174 - 175، والكافي 1 / 249، والتلقين 47، والبداية 1 / 435، والقوانين الفقهية 89، والفتح الرباني 145 وبه قال الحسن وقتادة والأوزاعي والثوري، وسائر أصحاب الرأي. ن: المجموع 6 / 18، وهو رواية عن أحمد. ن: الفتح الرباني 1 / 145.

(2) قال في المبسوط 2 / 192: «وإن كان له عشرة مثاقيل ذهب، ومائة درهم ضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب عندنا».

(3) ن: الأم 2 / 43، والوجيز 1 / 93، وقال في المجموع 6 / 18: «مذهبنا أنه لا يكمل نصاب الدراهم بالذهب ولا عكسه حتى لو ملك مائتين إلا درهمًا وعشرين مثقالاً إلا نصفًا أو غيره ولا زكاة في واحد منهما، وبه قال جمهور العلماء، حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك وأحمد، وأبي ثور، وأبي عبيد». وبه قال داود أيضًا. ن: البداية 1 / 435.

(4) في الأصل: التسمين.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، كما لا يجوز ضم الإبل إلى البقر، ولا التمر إلى الزبيب.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرۡهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٖ﴾ [التوبة: 34]، فجمع عز وجل بين الذهب والفضة بهاء الإضمار، فقال: ينفقونها، ولم يقل: ينفقونهما، فدل ذلك على وجوب ضم [بعض][1] ذلك إلى بعض في الزكاة. والمراد بالإنفاق في هذه الآية: إخراج الزكاة، ولم [يميز][2] جل وعز ذهبًا من فضة ولا فضة من ذهب، بل قال: ولا ينفقونها في سبيل الله.

وقوله ﷺ: «في الرقة ربع العشر»[3]، واسم الرقة لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون اسمًا للذهب والفضة أو اسمًا لأحدهما، وأي ذلك كان فإن عموم الحديث يتناوله.

ولأن الذهب والفضة من حيث التسمية في حكم المال الواحد، لأن الله تعالى خلقها أثمانًا[4] للأشياء، فوجب ضم بعضها إلى بعض، كما يجب ضم التِّبْر[5] المكسور[6] إلى الدنانير والدراهم. فإن قالوا: إنما وجب الضم في هذه الصورة، لأنها جنس واحد. قيل لهم: وهي[7] أيضًا جنس واحد في أيهما رقة. والرقة: اسم للذهب والفضة، كما حكي عن أهل اللغة.

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) غير واضحة في الأصل، ويحتمل أن صوابها ما أثبتناه.

(3) تقدم تخريجه.

(4) الأثمان جمع ثمن، وهو العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع عينًا كان أو سلعة. ن: القاموس الفقهي 52، ولغة الفقهاء 154.

وهو غير القيمة التي يقدرها الخبراء قيمة للشيء. والفقهاء يقولون في تقرير الفرق بينهما: الثمن يتبع الرغبات، والقيمة تتبع الذوات.

(5) التبر قيل: هو ما كان من الذهب غير مضروب، وقيل: ما كان من الفضة كذلك، وقيل: ما استخرج من المعدن قبل أن يصاغ. ن: القاموس الفقهي 48.

(6) في الأصل: والمكسور.

(7) في الأصل: وهل هي، أو: وها هي.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم في التبر إذا كان له مائة درهم، وعَرْض[1] يساوي مائة درهم، أنه يضم فيه العرض وهو مائة درهم، إلى المائة الدراهم التي عنده[2]، فيزكي عن الجميع.

فإذا ثبت هذا، فكل ما ذكروه منتقض عليهم بضم المعز إلى الضأن[3] [هـ 78]، وبُخْت الإبل[4] إلى العِراب[5]. فإن قالوا إنما وجب الضم ها هنا، لأن عموم اسم الغنم، لجميع الضأن والمعز، وعموم اسم الإبل لجميع العراب والبخت قيل لهم: يبطل عليكم بالبقر والجواميس[6]، لأن عموم اسم البقر لا يدخل تحته الجواميس، ومع ذلك فإنهما يجمعان في الزكاة، وإنما وجب الجمع في الزكاة بين الضأن والمعز والبخت والعراب، والجواميس والبقر، لتقارب أغراض الناس[7] فيها، وفي منافعها، وإن وقع فيها تباين، فتباين قليل، والذهب والفضة أغراض[8] الناس فيهما[9] متساوية، وكل واحد منهما ينوب مناب صاحبه، ويسد مسده، ويقوم مقامه، ولأنهما[10] أصول الأثمان والقيم في كل شيء، وليس كذلك الإبل والبقر، والزبيب والتمر، لأن الأغراض فيها متباينة جدًا، فافترقت الأحكام في هذه الأشياء لاختلاف التعليل فيها، والله أعلم.

---

(1) والعَرْض خلاف النقد، أي الدراهم والدنانير قيل: كل متاع لا يدخله كيل ولا وزن، ولا يكون حيوانًا ولا عقارًا فهو عرض. ن: القاموس الفقهي 247، والمغرب 310.

(2) في الأصل: الذي.

(3) الضأن: الغنم.

(4) البُخْت الإبل الخراسانية ذات السنامين وهي متولدة من عراب وفالج. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 20، وغريب المدونة 34، ولغة الفقهاء 104.

(5) العِرَاب الجمال الكرائم السالمة من الهجنة الجُرد المُلْس الحسان الكريمة الأبوين، وإبل عراب خلاف البخاتي. ن: لغة الفقهاء 104 - 308.

(6) الجواميس جمع جاموس: ضرب من البقر. ن: غريب المدونة 34، وضياء النبراس: 40.

(7) في الأصل: أعراض.

(8) في الأصل: أعراض.

(9) في الأصل: فيها.

(10) في الأصل: ولأنها.

مسألة [75]:

[في الدّين هل يسقط زكاة العين أم لا]

الدين مسقط لزكاة العين عندنا[1]. وبه قال **أبو حنيفة**[2].

وقال **الشافعي في أحد قوليه**: لا يمنع الدين وجوب الزكاة[3].

واحتج **أصحابه**، فقالوا: الزكاة حق مال، فلا يمنعه الدين. دليله: سائر الحقوق.

ولأن الدين الذي عليه قد ثبت في الذمة، والذمة صالحة لقبول الحقوق وإن كثرت من غير تزاحم، ولا تضايق.

ولأنه نوع من المال الذي يجب في عينه الزكاة، فوجب ألا يسقطها الدين اعتبارًا بالماشية والحبوب[4].

ولأنه حر مسلم تام الملك، فأشبه من[5] لا دين عليه.

ولأنها زكاة فوجب ألا يسقطها الدين اعتبارًا بالعشر وزكاة الفطر.

---

(1) ن: التفريع 1 / 276، ورؤوس المسائل لابن القصار 38 - 39، والتلقين 47، والكافي 1 / 255، والمقدمات 1 / 280 - 281، وفيها تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، وفوائد الدارس 8 / 46 - 74، والمنتقى 2 / 117، والفتح الرباني 1 / 146، وهو قول الشافعي فيما رواه الخراسانيون عنه. ن: المجموع 5 / 344، وبه قال الأوزاعي.

وقال سليمان بن يسار، وعطاء بن أبي رباح، والحسن البصري، والنخعي، والثوري والليث، وأحمد وإسحاق وأبو ثور، أنه لا زكاة على من عليه دين في شيء من الأشياء. ن: فوائد الدارس 8 / 46.

(2) ن: مختصر الطحاوي 50، والقدوري 19، والمبسوط 2 / 197، ورؤوس المسائل للزمخشري 217 - 218، وطريقة الخلاف 56 - 58، والبدائع 2 / 6، ط. 2. 1974.

(3) ن: الأم 2 / 53 - 54، والمجموع 5 / 343 - 344، وفيه أنه هو قوله الجديد، وهو أصح أقواله الثلاثة التي رواها أصحابه، وبه قال حماد بن أبي سليمان، وربيعة وابن أبي ليلى. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 39، وفوائد الدارس 8 / 46.

(4) في الأصل: والحب.

(5) في الأصل: ما.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع[1] عن ابن عمر[2] أن النبي ﷺ أنه قال: «إذا كان لرجل ألف درهم، وعليه ألف درهم، فليس عليه زكاة، وليس [في][3] مال زكاة حتى يحول عليه الحول»[4]، وهذا نص.

وأما من جهة المعنى، فنقول: إنه فقير، فلا يجب عليه زكاة كسائر الفقراء. والدليل على هذا[5] أنه ممن يحل عليه الزكاة. وحِل الصدقة دليل الفقر، بدليل قوله عليه السلام: «لا تحل الصدقة لغني»[6].

ولأن تأدية الدين أحق من إخراج الزكاة، لأن الدين أخذ عوضه، والزكاة مواساة من الأغنياء إلى الفقراء من غير عوض أخذه الغني من الفقير.

ويدل على صحة هذا أيضًا أن الدين [مقدم][7] على الميراث، لأن الدين قد أخذ الميت عوضه، والوارث يأخذ من غير عوض، فكان رب الدين الذي

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: هن، ولا وجه لها، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) أخرجه عبد الرزاق في المصنف: كتاب الزكاة، باب لا زكاة إلا في فضل بألفاظ مختلفة.

(5) في الأصل: هذه.

(6) جزء من حديث طويل أخرجه الإمام أحمد في مسنده في مسند أبي سعيد الخدري، ولفظه بتمامه عنده: «عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول اللّه ﷺ: «لا تحل الصدقة، لغني، إلا لخمسة: لعامل عليها، أو رجل اشتراها بماله، أو غارم، أو غاز في سبيل اللّه، أو مسكين تصدق عليه منها، فأهدى منها لغني» والغارم: قال ابن الأثير في «النهاية»: الذي يلتزم ما ضمنه وتكلف به ويؤديه».

وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني، والحاكم في المستدرك كتاب الزكاة باب مقدار الغني الذي يحرم السؤال. وقال: صحيح على شرطهما، وابن ماجة في كتاب الزكاة باب من تحل له الصدقة؛ وقد أعل بالإرسال لأنه رواه بعضهم عن عطاء بن يسار عن النبي ﷺ. ن: أبو داود كتاب الزكاة الباب السابق، والموطأ كتاب الزكاة باب آخذ الصدقة ومن يجوز له أخذها.

وقال في المحرر في الحديث 1 / 350 - 351: «وقد روي مرسلاً وهو الصحيح قاله الدارقطني».

(7) في الأصل: مبذل وهو تحريف ظاهر.

يأخذ عن عوض أولى، فكذلك مسألتنا.

ولأن الزكاة إنما تجب في الأموال النامية، بدليل أنها لا تجب في العقار[1]، ولا في أعيان العروض. فإذا كان الذهب والفضة من الأموال النامية، وكان الذي له الدين قادرًا[2] على أخذ هذا المال من يد المدين، فإنه يملك الحَجْر[3] عليه، ويمنعه من التصرف فيه، [فقد كان غير قادر على تنمية هذا المال الذي بيده][4]، فخرج عن أن يكون ناميًا، والزكاة إنما تجب في الأموال النامية.

ولهذا المعنى فرق مالك بين العين، والحرث[5]، والماشية، لأن النماء في الحرث والماشية موجود بغير صنع أحد من الخلق، وإنما ينميها اللّه عز وجل، ورب الدين لا يملك الحجر على تنميتها ولا قدرة له على ذلك؛ بل هي نامية على كل حال، فلذلك وجب الزكاة [فيها][6]، وإن[7] كان على ربها دين مثلها، أو بخلافها[8].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الزكاة حق مال لا يمنعه الدين إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل. غير مسلم، لأنه مال [له فتركبه][9]، فإنما هو فقير مفلس، ولو مات حينئذ، أخذ رب الدين جميع ما خلفه، ولم يقسم ورثته

---

(1) العَقار: الأرض، والضياع، والنخل. وجمعه عقارات. وقيل هو ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر، كالدور والأراضي. ن: القاموس الفقهي 256 - 257.

(2) في الأصل: قادر.

(3) الحَجْر: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله. ن: شرح الحدود 313، وحلية الفقهاء 142، والمغرب 103، والتعريفات 82، والأنيس 285، ولغة الفقهاء 175، والقاموس الفقهي 77.

(4) جملة مضطربة لم أهتد إلى إقامتها.

(5) في الأصل: العتر.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) في الأصل: فإن.

(8) هكذا في الأصل.

(9) هكذا في الأصل، ولا وجه لها ولعلها مصحفة، وصوابها: ليس له فيزكيه. واللّه أعلم.

دينارًا ولا درهمًا، ومن هذه حالته[1]، فلا يجب عليه مواساة غيره، ومتى فعل، فإنما واسى من مال غيره.

وقولهم: إن ذمته صالحة لقبول الحقوق وإن كثرت، فهو كما قالوا، ولكن في حق وجب عن معاوضة[2]. والزكاة إنما هي مواساة من الأغنياء للفقراء عن غير معاوضة. وهذا هو الجواب عن قولهم: إنه فرع من المال الذي يجب في عينه الزكاة، وعن قولهم: ولأنه حر مسلم تام الملك.

وقولهم: اعتبارًا بالحرث والماشية، فقد تقدم وجهه والجواب عنه.

واعتبارهم بمن لا دين عليه. باطل، لأن من لا دين عليه متمكن من تنمية ماله؛ إذ لا حق عليه فيه لآدمي يمنعه من التنمية.

واعتبارهم بالعشر وزكاة الفطر. أما زكاة الحب الذي هو العشر، فقد تقدم الجواب عنه، وأما زكاة الفطر فإنها ساقطة عمن عليه دين على أحد القولين عن أصحابنا[3]، فسقط عنا إلزامهم في الفصلين[4] جميعًا.

* * *

(1) في الأصل: قالبه.

(2) أي أخذ العوض من الطرفين كما في البيع والشراء، فالبائع يعطي السلعة ويأخذ الثمن، والمشتري يأخذ السلعة ويعطي الثمن.

(3) ن: الزرقاني 2 / 186.

(4) أي المسألتين والقضيتين.

مسألة [76]:

[في من مات ولم يوص بإخراج زكاته. هل يلزم الورثة إخراجها أم لا]

من مات وقد وجبت عليه زكاة، فلم يوص بإخراجها، لم يلزم الورثة إخراجها، وإن أوصى بإخراجها كانت من الثلث[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: لا تسقط بموته، وتؤخذ من تركته، كما يؤخذ غيرها من الديون[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: الزكاة حق من حقوق الفقراء، فكانت كالدين، فيجب إخراجها من تركته كسائر الديون [هـ 79] التي تجب للآدميين.

قالوا: ولأن الموت ليس بسبب مسقط للحقوق المالية، وإنما هو انتقال من الدنيا إلى الآخرة، وذلك ما لا يسقط الحقوق المالية التي وجبت[4] عليه [حال][5] الحياة، واستمسكوا بفصل الوصية بالزكاة، وقالوا: إذا أوصى

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 36، والمنتقى 2 / 111، والبداية1 / 421. وبه قال ابن سيرين، والشعبي والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، وداود بن أبي هند، وحميد الطويل، وعثمان البتي، وسفيان الثوري كما حكى ذلك ابن المنذر. ن: المجموع 5 / 336.

(2) قال في الغرة المنيفة 60: «مذهب أبي حنيفة وأصحابه رضي اللّه عنهم أنه إذا اجتمع على إنسان زكاة سنين، ثم مات قبل الأداء، ولم يوص بإخراج الزكاة لا تؤخذ من التركة». وانظر: البداية 1 / 421.

(3) ن: الأم 16 - 17، والتنبيه 61، وقال في المجموع 5 / 335 - 336: «إذا وجبت الزكاة، وتمكن من أدائها، ثم مات لن تسقط بموته عندنا؛ بل يجب إخراجها من ماله عندنا، وهو مذهب عطاء والحسن البصري والزهري، وقتادة، وأحمد وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر، وداود».

وسبب الاختلاف في هذه المسألة هو: هل الزكاة دين في الذمة أم حق في المال؟ فمن قال بالأول قال بوجوب إخراجها من التركة وإن لم يوص، ومن قال بالثاني قال: تخرج من الثلث إذا أوصى. ن: القواعد 1 / 514.

(4) في الأصل: وجب.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

بإخراجها[1]، لم يخل قولكم[2] من أحد أمرين: إما أن تقولوا[3]: إن وجوبها عليه باق بعد الموت، فلا بد من أدائها وإن لم يوص بإخراجها[4]. فإن قلتم: إنها ساقطة بالموت. فقولوا: إن الوصية بها باطلة. لأن الوصية إنما جعلت بالزكاة، فإذا لم يكن هناك زكاة واجبة، صارت الوصية بها لا[5] وصية.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الزكاة عبادة محضة للّه عز وجل من جملة العبادات التي تعبد اللّه بها الخلق؛ وقد قرن ذكرها في كتابه [بالصلاة][6] فقال: ﴿وأقيموا الصلاة، وآتوا الزكاة﴾[7]، وإذا كانت عبادة، وجب أن تسقط بالموت كالصلاة، والصوم، وما في معناهما.

ولأن حقيقة العبادة: فعل من عليه العبادة، فإذا مات، فاتت العبادة، وسقط بموته فعلها.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن الزكاة حق من حقوق الفقراء والمساكين، غير مسلم؛ بل هي حق اللّه عز وجل، أوجبه في مال المكلف بشرائط معلومة، ثم جعل مصرف ذلك الحق إلى الفقراء والمساكين.

وقياسهم الزكاة على الدين غير صحيح، لأن الدين ما وجب عن معاوضة، والزكاة ليست كذلك، وإنما هي مواساة من الأغنياء للفقراء.

واعتراضهم بفصل ما إذا أوصى بإخراجها، وتقسيمهم إياه، كله غير لازم. لأنه إذا أوصى، فقد وجد الأمر من قبل بإخراجها، فأشبه ما لو اتصل أمره بإخراجها حال الحياة، وإنما كان مصرفها إلى الثلث دون رأس المال

---

(1) في الأصل: بإجماعها.
(2) في الأصل: قولهم.
(3) في الأصل: يقولوا.
(4) الظاهر أنه قد سقطت من هذا المحل جملة معناها: «أو تقولوا إنها ساقطة عنه بالموت».
(5) في الأصل: ذا.
(6) تكملة يقتضيها السياق.
(7) في الأصل: أقيموا الصلاة... والصواب: وأقيموا الصلاة... أو فأقيموا الصلاة... كما ورد ذلك في آيات كثيرة من كتاب اللّه عز وجل.

لأنها وصية وإن سميت زكاة، [لذلك][1] كانت من الثلث كسائر التبرعات[2]. والله أعلم.

* * *

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) التبرع: العطاء من غير سؤال، وقولنا: تبرع فلان، معناه: تفضل بما لا يجب عليه، غير طالب عوضًا. ن: القاموس الفقهي 37، ومن التبرعات: الهبة، والصدقة، والحبس والعمرى وما أشبه ذلك.

مسألة [77]:

[في الصغار هل تجب عليهم زكاة أموالهم أم لا]

وعلى الأصاغر الزكاة في العين والحرث والماشية وزكاة الفطر[1]. **وبه قال الشافعي**[2]، وعمر، وعلي، وجابر[3]، وعائشة رضي اللّه عنهم[4].

وقال أبو حنيفة: لا زكاة على الصغير في عينه ولا في ماشيته، ويجب عليه زكاة الحرث وزكاة الفطر[5].

---

(1) قال في الإشراف 1 / 168: «تجب الزكاة في أموال الأيتام والأصاغر والمجانين خلافًا لأبي حنيفة»، وقال في الكافي 1 / 246: «تجب الزكاة على كل مسلم حر تام الحرية إذا ملك المقدار الذي تجب فيه الزكاة حولاً تامًا، والصغير والكبير والذكر والأنثى والعاقل والمعتوه عند مالك في ذلك سواء».

وقال في البداية 1 / 415: «فأما الصغار، فإن قومًا قالوا: تجب الزكاة في أموالهم، وبه قال علي وابن عمر، وجابر وعائشة من الصحابة، ومالك والشافعي والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وغيرهم» وانظر في وجوب زكاة الفطر على الأصاغر: الإشراف 1 / 168، والكافي 1 / 278، والبداية 1 / 471، وانظر أيضًا: فوائد الدارس 8 / 22، والفتح الرباني 1 / 147.

(2) ن: الأم 2 / 28، والمجموع 5 / 329 - 330 - 331، وفيه: «وحكى ابن المنذر وجوبها في مال الصبي عن عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر، وجابر والحسين بن علي، وعائشة وطاوس وعطاء، وابن زيد ومجاهد، وابن سيرين وربيعة، ومالك والثوري، والحسن بن صالح، وابن عيينة، وعبد اللّه بن الحسن، وأحمد وإسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور، وسليمان بن حرب رضي اللّه عنهم»، وانظر: اختلاف العلماء 109 - 110.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) انظر المجموع 5 / 329 - 331.

(5) ن: مختصر الطحاوي 45، وخزانة الفقه لـ 12، والمبسوط 2 / 162، وطريقة الخلاف 62، والبدائع 2 / 4 و69، ط2، 1974. ورؤوس المسائل للزمخشري 208، وإيثار الإنصاف 72 - 75، والغرة المنيفة 49، وهو قول النخعي، والحسن وسعيد بن جبير. ن: البداية 1 / 415، وأحكام الزكاة لابن الجد 98.

وسبب اختلافهم هو: هل الزكاة عبادة أم حق واجب للفقراء على الأغنياء؟ من قال=

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة» فذكر «الصبي حتى يحتلم»[1]. ورفع القلم عبارة عن سقوط العبادات عنه.

قالوا: وقد قال ﷺ لمعاذ[2] بن جبل حين ابتعثه[3] إلى اليمن: «ادعهم إلى شهادة ألا إله إلا اللّه، وأن محمدًا رسول اللّه، فإن أجابوك، فأخبرهم أن اللّه كتب عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم»[4] فأوجب عليه السلام الصدقة على من يصح أن يدعى إلى الإسلام، ويصح منه الإجابة إلى ذلك، والصبي لا يصح دعاؤه إلى الإسلام، ولا إعلامه به.

قالوا: ولأنها عبادة محضة[5]، فوجب ألا تجب على الصبي. دليله الصلاة والصوم والحج.

ولأن العبادة ابتلاء من اللّه تعالى وامتحان لعبده، لينظر كيف عمله في [ما][6] ابتلاه به، والصبي لا يصح ابتلاؤه وامتحانه بشيء من العبادات لرفع القلم عنه.

قالوا: ولأن الصبي مما لا يصح منه [في][7] هذا الحال اعتقاد الإيمان، فأشبه الكافر، والكافر ممن لا يجب عليه الزكاة.

ولأن الصبي ممن لا يصح منه التصرف في ماله بالقرض[8]، والهبة[9]،

= بالأول اشترط البلوغ، ومن قال بالثاني لم يشترطه.

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: أبعثه.

(4) أخرجه البخاري في الزكاة، باب وجوب الزكاة، ومسلم في كتاب الإيمان باب الدعاء أي الشهادتين وشرائع الإسلام. معًا عن ابن عباس رضي اللّه عنهما، وبلفظ فيه تفصيل أكثر.

(5) في الأصل: محصنة.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

(8) القرض: ما تعطيه من المثليات ليرد لك مثله في المستقبل. ن: لغة الفقهاء 316، والقاموس الفقهي 300.

(9) الهبة تمليك العين بلا عوض. ن: التعريفات 256، والطلبة 221، والأنيس 255، ولغة=

وإخراجه عن غير معاوضة، فأشبه المكاتب[1].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103]، فعم جل وعز، ولم يخص كبيرًا من صغير.

ولأن النبي ﷺ، لما وجه معاذًا[2] إلى اليمن أمره أن يأخذ من البقر من كل ثلاثين تبيع[3] أو تبيعة، ومن كل أربعين مسنة[4]،[5]، فظاهر عموم هذا الخبر يقضي ألا فرق بين مال الصغير والكبير.

وقوله عليه السلام: «ادعهم إلى شهادة ألا إله إلا اللّه، فإن أجابوك، فأخبرهم أن اللّه عز وجل كتب عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم»[6]، ولم يخص عليه السلام غنيًا كبيرًا من صبي صغير.

وقوله ﷺ: «في الرقة ربع العشر»[7] فعم.

= الفقهاء 492، والقاموس الفقهي 390.

(1) المُكَاتَب الرقيق الذي تم عقد بينه وبين سيده على أن يدفع له مبلغًا من المال نجومًا (أي أقساطًا) ليصير حرًا. ن: لغة الفقهاء 455، والقاموس الفقهي 316.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) التبيع هو ولد البقرة إذا بلغ عمره سنة. ن: غريب المدونة 37، وحلية الفقهاء 99، والقاموس الفقهي 48 - 49.

(4) المسنة هي التنية من كل شيء من الإبل والبقر والغنم. فما فوقها، وعند بعض الفقهاء هي التي أتمت السنة الثانية من عمرها ودخلت في الثالثة. ن: القاموس الفقهي 185، وحلية الفقهاء 99.

(5) أخرجه الإمام أحمد ضمن مسند معاذ بن جبل رضي اللّه عنه، بلفظ قريب جداً، وأبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة، والترمذي في أبواب الزكاة باب ما جاء في زكاة البقر والنسائي في المجتبى في كتاب الزكاة باب زكاة البقر. وابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة البقر، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة باب زكاة البقر، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(6) تقدم تخريجه.

(7) تقدم تخريجه.

وروى عمرو[1] بن شعيب، عن أبيه[2] عن جده[3] أن النبي ﷺ، أنه قال: «من ولي يتيمًا، وكان له مال فليتجر في ماله لا تأكله الزكاة»[4].

ولأن ذمة الصبي صالحة لقبول ما يجب عليه من الحقوق المالية بدليل الغرامات[5] والنفقات[6] وسائر مؤن[7] المال فإنه تجب عليه كما تجب على البالغ في هذا الباب، وليس بين الكبير والصغير فيه فرق. فإذا وجب على الكبير، وجب على الصغير مثله.

ولأن كل زكاة لزمت الكبير، فهي لازمة للصغير اعتبارًا بزكاة الحرث والفطر.

---

(1) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي. نزيل الطائف روى عن أبيه عن جده، وطاوس، وعن الربيع بنت معوذ، وطائفة، وعنه عمرو بن دينار، وقتادة، والزهري، وأيوب وخلق. قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به. وفي رواية إذا حدث عن غير أبيه فهو ثقة. وقال أبو داود: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ليس بحجة. وقال أبو إسحاق: هو كأيوب عن نافع عن ابن عمر، وثقه النسائي، وقال الحافظ أبو بكر بن زياد: صح سماع عمرو من أبيه، وصح سماع شعيب من جده عبد الله بن عمرو. وقال البخاري: سمع شعيب من جده عبد الله بن عمرو. قال خليفة: توفي سنة 118هـ. خرج له الأربعة والبخاري في جزء القراءة. ن: تاريخ أسماء الثقات 221، والخلاصة 290.

(2) هو شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، روى عن جده، وابن عباس وابن عمر، وعنه أبناؤه عمرو وعمر، وثابت البناني وعطاء بن أبي مسلم، ثبت سماعه من جده، وقد وثقه ابن حبان. خرج له الأربعة. ن: الخلاصة 167.

(3) هو محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي. روى عن أبيه، وعنه ابنه شعيب، أخرج له أبو داود والترمذي والنسائي. ن: الخلاصة 345.

(4) أخرجه الترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة مال اليتيم: «ألا من ولي... إلخ» والدارقطني في الزكاة باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، والبيهقي في الزكاة باب من تجب عليه الصدقة.

(5) الغرامات جمع غرامة وهي ما يلزم دفعه كالغرم. ن: القاموس الفقهي 273.

(6) النفقات جمع نفقة وهي ما يجب من المال لتأمين الضروريات للبقاء، ويدخل في مسماها الطعام والكسوة والسكنى. ن: الأنيس 168، ولغة الفقهاء 485، والقاموس الفقهي 358.

(7) مؤن المال: تكاليفه.

ولأنه ممن يلزمه زكاة الفطر في ماله، فوجب أن تجب عليه في العين والماشية.

ولأنه حر مسلم تام الملك، فوجب أن تجب [عليه][1] كالكبير.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث قوله ﷺ: رفع القلم عن ثلاثة، وأن الصبي من جملة الثلاثة الذين رفع عنهم القلم. غير صحيح، [لأن][2] رفع القلم لا ينفي وجوب الحقوق المالية، بدليل وجوب العشر في زرعه، وإخراج صدقة الفطر عنه من ماله، وغير ذلك مما يلزمه من الغرامات المالية [هـ 80]، فبان بهذا سقوط ما تعلقوا به من الحديث.

ولأنه عليه السلام ساوى بين الصبي والنائم والمجنون في رفع القلم، ومع ذلك فإن النائم لا يسقط عنه الزكاة برفع القلم عنه في حال النوم، فكذلك الصبي في حال الصبا.

وإنما أراد عليه السلام برفع القلم سقوط الخطاب بالتكاليف البدنية في تلك الأحوال، وأن الحرج عنهم فيها مرفوع.

وما احتجوا به من حديث معاذ[3]. فهو حجة لنا، لأنه عليه السلام قال: «تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم»[4] فعم الأغنياء، ولم يفصل بين صغير ولا كبير.

وقولهم: ولأنها عبادة محضة، فوجب ألا تجب على الصبي. دليله الصلاة، والصوم، والحج. فالجواب عنه: أن ذات الصبي ناقصة بسبب الصبا، وإنما تكمل بالبلوغ، وماله كامل لا نقصان فيه بسبب صبوته. ألا ترى أن السفر المؤذن بالمشقة مؤثر في تخفيف العبادة بالقصر في الصلاة، والفطر في الصوم، ولا تأثير لذلك في المال. والصبوة في الصبي هي التي أثرت في سقوط الصلاة والصوم عنه، كما أن سبب السفر ومشقته هو المؤثر في تخفيف

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدم تخريجه.

العبادة، فجاز القصر[1] في بعضها، والإفطار بشرط القضاء في أخرى، فلو لزم ما قالوه: إن الزكاة إنما تجب على من يجب عليه الصلاة، للزم أن الزكاة تسقط عن الحائض لسقوط الصلاة عنها، وللزم عليه أن الصلاة تسقط عن الفقير لسقوط الزكاة عنه.

وقولهم: ولأن العبادة ابتلاء من اللّه عز وجل. غير لازم، لأن حكم الابتلاء لا يصح إلا بوجود الأمر[2] إمكان [فعل][3] المأمور به، فإذا أمكن فعل الشيء المأمور به صح الأمر.

واعتبارهم الصبي بالكافر، غير صحيح، لأن الكافر لا يلزمه فروع الشريعة مع إقامته على كفره[4]، ولأن الكافر ممن لا يلزمه زكاة الحرث ولا زكاة الفطر، ولذلك لم يلزمه زكاة العين. والصبي على أصل مذهبهم يلزمه زكاة الحرث وزكاة الفطر في ماله، فكان بالحر المسلم البالغ أشبه.

وقولهم: إنه ممنوع من إخراج المال بغير معاوضة فأشبه المكاتب إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل. فغير لازم. لأن الصبي محجور عليه في ماله لحق نفسه في ألا يخرجه عن غير معاوضة. والزكاة حق وجب للّه تعالى في ماله، فلا يصح حجر ذلك عليه، كما لا يصح عليه فيه الحجر، فيما لزمه من الغرامات.

واعتبارهم الصبي بالمكاتب غير صحيح، لأن المكاتب ناقص الملك فلم تجب عليه الزكاة، ولأنه رقيق[5] ما بقي عليه درهم[6]. والحرية أحد شروط الزكاة.

---

(1) في الأصل: الفطر.

(2) هكذا في الأصل، ولعله زائد.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) أي عند من يقول بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة وعند من لا يقول بذلك.

(5) الرقيق: هو المملوك كلاً أو بعضاً. ن: الأنيس 152، والمغرب 195، والقاموس الفقهي 152.

(6) لقول الرسول ﷺ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم». ن: سنن أبي داود، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

مسألة [78]:

[في ما تتخذه النساء من حلي هل تجب زكاته أم لا]

ولا زكاة فيما اتخذه النساء من الحلي[1] للباسهن[2]. **وبه قال عمر**، وعائشة وأسماء[3]، وجابر[4]، وأنس[5]، والقاسم بن محمد[6]، والشعبي[7]، والشافعي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق[8] ابن راهويه[9].

---

(1) الحلي بفتح الحاء وسكون اللام، ويجمع على حلي بضم الحاء وكسر اللام: ما يتزين به من الحجارة والمعادن المسوغة. ن: لغة الفقهاء 185، والقاموس الفقهي 102.

(2) ن: التفريع 1 / 280، ورؤوس المسائل لابن القصار 37، والإشراف 1 / 176، والتلقين 47، والكافي 1 / 248، والمنتقى 2 / 107، والمقدمات 1 / 294 - 298، والبداية 1 / 424 - 625، وفوائد الدارس 8 / 27 - 29، والقوانين الفقهية 90، والفتح الرباني 1 / 147، وأحكام الزكاة لابن الجد 44.

(3) تقدمت ترجمتها.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) هو أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه. المحدث الفقيه الورع. سئل عنه الإمام أحمد فقال: إسحاق عندنا إمام من أئمة المسلمين، وما عبر الجسر أحد أفقه من إسحاق توفي سنة 238هـ بنيسابور. أخرج له الستة إلا ابن ماجة.
ن: طبقات الشيرازي 94، وطبقات الحفاظ: 19، والخلاصة 27.

(9) ن: الأم 2 / 44، والتنبيه 59، والوجيز 1 / 93، والمجموع 6 / 33 - 37، وفيه في المسألة قولان والمذهب أنه لا تجب زكاة في الحلي المتخذ لاستعمال مباح، وقال في الصفحة 46: «وبه قال عبد الله بن عمر بن الخطاب، وجابر بن عبد الله، وأنس بن مالك وعائشة، وأسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وعطاء ابن أبي رياح، ومجاهد والشعبي، ومحمد بن علي، والقاسم بن محمد، وابن سيرين والزهري ومالك، وأحمد وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد، وابن المنذر». وبه قال الليث أيضًا. ن: البداية 1 / 424. وانظر: رؤوس المسائل لابن القصار 37.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: الزكاة فيه واجبة[1].

واحتجوا بقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ[2] ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: 34]، وبقوله ﷺ: «وفي الرقة ربع العشر»[3]، قالوا: وهذه[4] ظواهر تعم الحلي[5] وغيره في إيجاب الزكاة.

قالوا: وروى[6] عمرو [بن][7] شعيب[8] عن أبيه[9] عن جده[10] أن امرأة أتت[11] رسول اللّه ﷺ، ومعها ابنة لها، وفي يد ابنتها مَسَكَتان[12] غليظتان من

---

(1) ن: مختصر الطحاوي 49، والقدوري 22، ورؤوس المسائل 216 - 217، والمبسوط 2 / 192، وطريقة الخلاف 47 - 50، والبدائع 2 / 16 - 17، وإيثار الإنصاف 53، وبه قال عمر بن الخطاب وابن مسعود، وابن عباس، وميمون بن مهران، وجابر بن زيد، والحسن بن صالح، وسفيان الثوري، وداود، وحكاه ابن المنذر أيضًا عن ابن المسيب، وابن جبير، وعطاء ومجاهد وابن سيرين وعبد اللّه بن شداد، والزهري. ن: المجموع 6 / 46، وإيثار الإنصاف 53.

(2) الكنز: المال المدفون تحت الأرض، وكذا ما يحرز من المال، والمراد في هذه الآية عند جماهير العلماء: المال الذي لا تؤدى زكاته سواء كان مدفونًا أو ظاهرًا. ن: القاموس الفقهي 325، والمغرب 416، والأنيس 132.

(3) تقدم تخريجه.

(4) في الأصل: وهذا.

(5) في الأصل: يعم.

(6) في الأصل: فروى.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) تقدمت ترجمته.

(11) في الأصل: أتيت.

(12) المَسَكَتَان تثنية مسكة بالتحريك: السوار من الذبل وهي قرون الأوعال. ن: النهاية 4 / 231، وتهذيب الأسماء واللغات: 3 / 138، والحديث يدل على أن المسكة يمكن أن تكون من ذهب أيضًا.

ذهب، فقال لها عليه السلام: «أتعطين زكاة هذا» فقالت: لا. فقال لها عليه السلام: «أيسرك أن يسورك اللّه يوم القيامة بسوارين من نار؟». قال: فخلعتهما وألقتهما إلى رسول اللّه ﷺ، وقالت هما للّه ولرسوله[1] قالوا: وهذا نص.

قالوا: ولأنه نصاب من ذهب أو ورق، فأشبه الدنانير والدراهم. قالوا: والدليل على تعلقها بعين الذهب والفضة، وجوب الزكاة فيها إذا ملكها من يجب عليه الزكاة من غير شرط زائد، كما يجب في التبر، والسبائك[2].

والدليل على صحة ما قلناه: أنه مال قصد به الاقتناء[3] وترك النماء على وجه مباح، فوجب ألا تجب فيه الزكاة. أصله: عروض القنية.

ولأن الحلي يراد للبس والزينة، فنقل[4] عن النماء إلى ضده بوجه جائز، ففقد لذلك[5] محل الزكاة، فلا يجب فيه زكاة. والدليل على فقد محل الزكاة: هو أن الزكاة إنما تجب في الأموال النامية من العين والحرث والماشية، والحلي ليس محلاً للزكاة. ومع فقد المحل يسقط الوجوب.

ولأن الأموال على ضربين: مال يجب في عينه الزكاة كالذهب والفضة، ومال لا يجب في عينه الزكاة كالعروض. ثم لا خلاف بيننا وبينهم [أن ما يجب][6] [هـ81] أن ما لا يجب الزكاة في عينه، إذا طلب به النماء والتجارة،

---

(1) أخرجه الدارقطني في الزكاة باب استقراض الوصي من مال اليتيم عن عمرو بن شعيب، وأبو داود في الزكاة باب الكنز ما هو وزكاة الحلي، والترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة الحلي، والنسائي في الزكاة باب زكاة الحلي بألفاظ مختلفة، والبيهقي في الزكاة باب سياق أخبار وردت في زكاة الحلي، وعبد الرزاق في المصنف في الزكاة باب التبر والحلي. قال الترمذي في الكتاب والباب المذكورين: «وقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه رأى في الحلي زكاة، وفي إسناده. مقال».

(2) السبيكة: القطعة المذابة من الذهب والفضة وغيرهما إذا استطالت. ن: المغرب 216، والأنيس 196.

(3) الاقتناء: اتخاذ المال ليكون أصل مال للنسل لا للتجارة. ن: المغرب 394.

(4) في الأصل: علي.

(5) في الأصل: فقد.

(6) لعله زائد إذ الكلام يستقيم بدونه.

ونقل إلى ذلك، أن الزكاة تجب في ثمنه. فيجب أن يكون ما يجب الزكاة في عينه، إذا عدل به عن طلب النماء على وجه مباح، وطلب به التجمل والزينة ألا تجب فيه الزكاة. وهذا وزان صحيح.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الظواهر فهو مخصوص بما ذكرناه، ومرجح عليه بما قدمناه. والكنز الذي ذكره اللّه في كتابه: هو ما كان من الذهب والفضة ناميًا، والحلي ليس بنام لفقد المحلية، وبفقد المحلية تسقط المواساة الشرعية. وهذا هو الجواب عن احتجاجهم بقوله عليه السلام: «في الرقة ربع العشر»[1].

وأما حديث المرأة وابنتها في المسكتين، فرواه حسين[2] المعلم عن عمرو[3] بن شعيب عن أبيه[4]، عن جده[5]، وحسين المعلم في حديثه عند أهل العلم لين[6] وضعف[7].[8]، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، إنما ينقل عن محمد[9]، ولم يسمع محمد بن عبد اللّه بن عمرو من[10] النبي عليه السلام

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) هو حسين أو الحسن بن ذكوان العوذي المعلم البصري. روى عن عطاء، وعمرو بن شعيب، وقتادة وعنه شعبة، وابن المبارك، وإبراهيم بن طهمان، وخلق. أخرج له الجماعة، وثقه ابن معين، فتعقبه الذهبي في الميزان قائلاً: ضعفه العقيلي بلا حجة. مات سنة 145هـ.

ن: تاريخ أسماء الثقات 95 وطبقات الحفاظ 83، والخلاصة 82 - 83.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) قال ابن أبي حاتم: «إذا أجابوا في الرجل ب: لين الحديث» فهو ممن يكتب حديثه وينظر فيه اعتبارًا، وعند أبي الحسن الدارقطني: لا يكون ساقطًا متروك الحديث، ولكن مجروحًا بشيء لا يسقط عن العدالة. ن: علوم الحديث 112.

(7) في الأصل: ضعيف.

(8) كيف وقد خرج له الجماعة ووثقه ابن معين كما تقدم في ترجمته قريبًا.

(9) تقدم تخريجه.

(10) في الأصل: عن.

شيئًا[1]، فإن قيل في حديثه: عن أبيه عن جده عبد اللّه[2] بن عمرو فهو سماع عن النبي عليه السلام، وهو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد اللّه بن عمرو بن العاص.

وقياسهم الحلي على الدنانير والدراهم. باطل [لأنها][3]، لم تنقل[4] عن النماء إلى التجمل والتزين كما صنع في الحلي. وهذا هو الجواب عن اعتبارهم حلي اللبس بحلي التجارة[5]، لأن حلي التجارة من الأموال النامية، فأشبه الدنانير والدراهم.

وقولهم: ولأن الزكاة حكم شرعي يتعلق بعين الذهب والفضة[6]، فالجواب عنه ما تقدم من أن الزكاة إنما تجب عن عين الذهب والفضة إذا كانت العين صالحة للنماء، وقد فات النماء في مسألة الحلي المعدول به إلى الزينة والتجمل على ما سبق بيانه.

وأما الربا فيتعلق بأعيانها بنص الشارع عليه السلام، وأعيانها[7] باقية، فوجب تعلق حكم الربا بالعين المنصوص عليها على أي وجه وجدت، وكذلك التبر والسبائك. واللّه أعلم.

* * *

---

(1) قال أبو داود: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ليس بحجة. ن: تاريخ أسماء الثقات 221، والخلاصة 290.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: ينقل.

(5) هذا الاعتبار الذي يشير إليه المؤلف رحمه اللّه لم يتقدم في كلام المخالفين أول المسألة.

(6) وهذا القول لم يتقدم في كلام المخالفين من قبل، ولعل هذا القول وما قبله قد سقط من الناسخ كما هي عادته في عدم الضبط.

(7) في الأصل: بأعيانها.

مسألة [79]:

[في الفائدة هل تضاف إلى النصاب أم يستقبل بها حول كامل من يوم إفادتها]

ومن كان بيده نصاب[1] عين ثم أفاد فائدة[2] من جنسه في خلال الحول[3]، لم يضم الفائدة إلى النصاب، ويستقبل بالفائدة الحول، حولاً كاملاً من يوم إفادتها[4]، **وبه قال الشافعي**[5]، **وأحمد**[6]، **وإسحاق**[7].

وقال أبو حنيفة: تضم الفائدة إلى النصاب، وتزكى مع النصاب بحوله[8].

واحتج أصحابه، فقالوا: هو مال مستفاد في حول النصاب، وهو من جنس النصاب فوجب أن يضمه إلى النصاب، ويزكيه مع النصاب بحول

---

(1) النصاب لغة: الأصل والمرجع، وشرعًا: القدر الذي إذا بلغه المال وجبت الزكاة فيه، ن: القاموس الفقهي 353، والطلبة 439، والأنيس 132.

(2) المراد بالفائدة هنا ما يستفيده الشخص مما ليس ربحًا، ولا نتاجًا، كالمستفاد بالإرث والهبة وشبههما.

(3) الحول: السنة وجمعه: أحوال. ن: القاموس الفقهي 106، والمغرب 134.

(4) ن: التفريع 1 / 274، وقال في الكافي 1 / 250: «كل من استفاد مالاً أو عينًا أو عروضًا، وهو حر بأي وجه كانت استفادته إياه بميراث أو هدية أو جائزة، أو صلة أو دية نفس، أو أرش جرح، أو جناية، أو وصية، أو صدقة، أو هدية، أو غلة مسكن، أو خراج مكاتب، أو عبد، أو دابة، أو مهر امرأة، أو غلة ثمرة لا زكاة فيها... فلا زكاة في ذلك كله حتى يقبض ويحول عليه الحول»، وانظر البداية 1 / 457 - 458 والإفصاح 1 / 213.

(5) ن: الأم 2 / 17، والتنبيه 59، والبداية 1 / 457 - 458، والمجموع 6 / 57.

(6) المحرر في الفقه 1 / 218 - 219، وفيه: «والمستفاد بإرث أو عقد ونحوه يفرد بالحول». وانظر: اختلاف العلماء 115 - 116.

(7) تقدمت ترجمته، وانظر قوله في: اختلاف العلماء 116.

(8) ن: مختصر الطحاوي 49، والقدوري 21، وطريقة الخلاف 52 - 53، ورؤوس المسائل للزمخشري 203 - 204، والبدائع 2 / 13 - 14.

النصاب. دليله: أولاد الماشية والأرباح[1].

قالوا: ولأنا أجمعنا نحن وإياكم على أن الضم في الحول مشروع في الجملة، بدليل الأولاد والأرباح، ولا بد لذلك من علة توضحه، وليس له علة إلا الجنسية حقيقة وحكمًا:

أما الحقيقة، فلأن الأولاد والأرباح تضم إلى النصاب في حكم الحول، ولأن الولد[2] يغير حكم الفرض الواجب، لأنه مما ينقل[3] الواجب من سن إلى سن بسبب حدوث الأولاد، وذلك يوجب إجراء الأولاد على حكم الأصل من غير تعين لحكم الأصل[4].

قالوا: ولأنا لا نجد علة توجب الضم في مسألتنا هذه إلا الجنسية، وإذا كان ذلك كذلك، وجب أن تضم[5] فائدة الذهب والفضة إلى نصاب الذهب والفضة، فتزكى مع النصاب بحوله لعلة الجنسية [هـ 82].

قالوا: وأما الحكم، فلأن الجنس[6] إذا اتحد صار الجميع في حكم الشيء الواحد حتى لا يفارقه في المعنى، فكأنه مع الجميع في وقت واحد، فيكون بعضه مضمومًا إلى بعض ضرورة.

وربما قالوا: إن المستفاد في الحول يكون تبعًا للنصاب الذي عنده حكمًا.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث عبد الرحمن[7] بن زيد بن أسلم،

---

(1) حيث هي محل اتفاق بين المالكية والأحناف. ن: إيثار الإنصاف 63.

(2) في الأصل: الأولاد.

(3) في الأصل: مما ينتقل.

(4) هذه الفقرة مضطربة المعنى كما يبدو.

(5) في الأصل: يضم.

(6) في الأصل: جنس، والجنس هو كل مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو؟ من حيث هو كذلك: التعريفات 87.

(7) هو عبد الرحمن بن زيد بن أسلم المدني. خرج له الترمذي وابن ماجة. روى عن أبيه، وعنه وكيع وابن وهب، وقتيبة، ضعفه أحمد وابن المديني والنسائي وغيرهم، مات سنة 182هـ. ن: الخلاصة 227.

عن أبيه[1] عن عبد الله[2] بن عمر أن النبي ﷺ قال: «من استفاد مالاً فلا زكاة عليه فيه حتى يحول عليه الحول»[3].

ولأن المال المستفاد أصل في نفسه، وليس هو تبعًا لغيره، فيجب أن يعتبر له حول نفسه، دليله: النصاب الذي كان قبله.

ولأن هذه الفائدة إنما ملكها بسبب كالسبب الذي ملك به النصاب الذي كان قبلها، فلم يجب أن يكون المستفاد[4] تبعًا للنصاب، لأن مثل الشيء لا يكون تبعًا لذلك الشيء على حال. لأن حقيقة التبع للشيء: ما كان قيامه بذلك الشيء بوجه ما كجنين الأمة إذا بيعت، ومال العبد إذا بيع، وزرع الأرض إذا بيعت قبل [إيباره][5].

ولأن الحول شرط من شروط الزكاة، فما لم يوجد لم تجب الزكاة لعدم بعض شروطها وفواته[6].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أنه مال مستفاد في حول النصاب، وهو من جنس النصاب إلى آخر هذا الفصل، فالجواب عنه: أن التعليل بالجنسية باطل، لأن الضم في الحول إثبات تبعية المستفاد للنصاب، وقد بينا فيما قبل إبطال حكم التبعية.

واحتجاجهم بالجنسية في أولاد الماشية والأرباح. فالجنسية [غير مركبة][7] على التبعية جملة، وإنما ركبت الأولاد والأرباح لحول الأصل، لأن

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) أخرجه الترمذي في الزكاة باب لا زكاة في المال المستفاد حتى يحول عليه الحول، وابن ماجة في الزكاة باب من استفاد مالاً. والبيهقي في السنن الكبرى 4 / 103، كلهم عن عبد الله بن عمر مرفوعًا وموقوفًا عليه، قال الترمذي: الموقوف أصح، لأن في سند المرفوع: عبد الرحمن بن زيد وهو ضعيف.

(4) في الأصل: للمستفاد.

(5) هكذا في الأصل ويحتمل أن الصواب: إثماره.

(6) في الأصل: وبراته.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

ذلك في حكم التبع[1] للأصل، وقد قدمنا أن التبع[2] للشيء، ما كان قيامه بذلك[3] الشيء بوجه ما. والأولاد إنما كانت تبعًا لقيامها بكبار الأمهات، وكذلك الأرباح.

وأما قولهم: أجمعنا نحن وإياكم على أن الضم في الحول مشروع في الجملة، بدليل الأولاد والأرباح، فمعتمدهم فيه الجنسية، وقد أجبنا عن ذلك، وبينا فساد القول فيه. وأما كلامهم على الحقيقة والحكم، وقولهم: إن الجنس الواحد إذا اتحد صار الجميع في حكم الشيء الواحد إلى آخر ما ذكروه. غير مسلم [لأن][4] مثل الشيء لا يكون تبعًا لذلك الشيء على حال كما تقدم، لأنه إذا استفاد نصابًا، وقد ملك قبله نصابًا، فنصاب الفائدة مثل النصاب الذي ملك[5] الفائدة سوى. فكيف يكونان في حكم الشيء الواحد مع تساوي الأعراض[6] في النصابين: نصاب الأصل، ونصاب الفائدة.

ويلزمهم عليه أن المرأتين، أو الجاريتين، أو العبدين، أو الدابتين في حكم الشيء الواحد، ولا خفاء ببطلان ذلك.

وقولهم: إن المستفاد تبع للنصاب الذي عنده حكمًا، فقد أجبنا عن حكم التبعية، وأن المستفاد لا يكون تبعًا. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: التبيع.

(2) في الأصل: التبيع.

(3) في الأصل: لذلك.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) لعل هنا كلمة سقطت من الناسخ، يحتمل أنها: قبل.

(6) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: الأغراض.

مسألة [80]:

[في حول ربح المال هل هو حول أصله أم لا]

حول ربح المال حول أصله، سوى كان الأصل نصابًا أو دون النصاب إذا كمل بالربح نصابًا[1].

وقال أبو حنيفة: يستأنف الجميع حولاً من يوم كمل النصاب عنده بالربح[2].

واحتج أصحابه فقالوا: المال الذي هو الأصل، قبل أن يوجد فيه الربح، لم يكن فيه زكاة، كذلك بعد الربح. والربح إنما هو فائدة، والفائدة إنما تضم إلى الأصل إذا كان الأصل نصابًا، فإذا كان الأصل أقل من نصاب، فالزكاة فيه غير واجبة، فكذلك فائدته لا زكاة [فيها][3] حتى يحول الحول من يوم كمل بها النصاب.

---

(1) ن: الإشراف 1 / 178، والتلقين 47، والكافي 1 / 252، والبداية 1 / 456 - 457، والقوانين الفقهية 90. والفتح الرباني 1 / 146، وأحكام الزكاة لابن الجد 65، وفيها أنه مذهب المدونة، وفي المسألة ثلاثة أقوال أخرى.

وعند الشافعي أن حول الربح من يوم يستفاد سواء كان الأصل نصابًا، أو لم يكن. ن: البداية 1 / 456. وفيها أنه قد قال بهذا عمر بن عبد العزيز، وكتب ألا يعرض لأرباح التجارة حتى يحول عليها الحول، وانظر التنبيه 59.

(2) ن: البداية 1 / 457، ومختصر الطحاوي 49، والقدوري 21.

قال في البداية في المحل السابق: «وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون، حكمه حكم المال المستفاد، أو حكم الأصل، فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال: يستقبل به الحول، ومن شبهه بالأصل وهو رأس المال. قال: حكمه حكم رأس المال، إلا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة، وذلك لا يكون إلا إذا كان نصابًا، ولذلك يضعف قياس الربح على الأصل في مذهب مالك، ويشبه أن يكون الذي اعتمده مالك رضي الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم، لكن نسل الغنم مختلف فيه أيضًا؛ وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور».

(3) تكملة يقتضيها السياق.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «في الرقة ربع العشر»[1] فعم، وقوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة»[2] فمفهومه أن في الخمس وما زاد عليها الزكاة.

ولأنهم متفقون معنا على أن الأصل إذا كان نصابًا فإن الربح يزكى معه لحول الأصل، [هـ 83] فكذلك يجب إذا كان الأصل أقل [من][3] نصاب[4]، لأنه نماء حادث عن مال يجب في عينه الزكاة، فكان حكمه حكم أصله.

ولأن أصل مالك أن السخال[5] [حكمها][6] حكم الأمهات في وجوب الزكاة، كانت الأمهات نصابًا أو دون النصاب إذا كمل فيها نصاب بالسخال، فكذلك ربح المال يجب أن يكون مضافًا إلى الأصل، كان الأصل نصابًا أو دونه.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من الاحتجاج بالفائدة إلى آخر ما ذكروه غير لازم.

والفرق بين ربح المال والفائدة: هو أن الربح نماء حادث على المال بسبب التصرف فيه، والمضاربة[7] به، فهو فرع أصل المال، ومتولد عنه، فصار كأنه هو، فكان له حكم المال، إذ الفروع تابعة لأصولها، والفائدة بخلاف الربح: إنها ليست متولدة عن مال عند المزكي، ولا هي فروع لمال عنده مثل ربح المال. فإنما هي فائدة أجنبية[8] عن المال، فلا يصح كونها مثل الربح، ولا يصح قياسها عليه. والله أعلم.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: نصابًا.

(5) قال مالك: السخلة: الصغيرة حين تنتج. ن: الموطأ: كتاب الزكاة: ما جاء في ما يعتد به من السخل في الصدقة، والسخال جمع سخلة.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) المضاربة: المفاعلة من الضرب، وهو السير في الأرض، وفي الشرع: عقد شركة في الربح بمال من رجل، وعمل من آخر. ن: التعريفات 218، والأنيس 247، وهي القراض بلغة أهل المدينة، ن: القاموس الفقهي 222.

(8) في الأصل: رخيبية.

باب زكاة المعادن

مسألة [81]:

[في أن فيما يخرج من المعدن من ذهب أو فضة زكاة إذا بلغ النصاب وفي الركاز الخمس]

وفيما يخرج من المعدن[1] من ذهب أو فضة زكاة إذا بلغ وزن ذلك عشرين دينارًا، أو خمس أواق من الفضة، وفي الركاز الخمس[2]. والركاز: دفن الجاهلية. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: المعدن ركاز وفيه الخمس، ولا زكاة فيه، وحكم المعدن وحكم الركاز واحد، وتَصرّف خمسهما تصرف واحد[4].

---

(1) المعدن في اللغة مكان كل شيء فيه أصله ومركزه وجمعه معادن، وشرعًا هو موضع استخراج الجوهر من الذهب وغيره، ثم اشتهر في المستخرج. ن: القاموس الفقهي 243 - 244.

(2) ن: التفريع 1 / 278 - 279، ورؤوس المسائل لابن القصار 39 - 40، والإشراف 1 / 183 - 185، والتلقين 48، والكافي 1 / 257، والمنتقى 2 / 102 - 105، وفوائد الدارس 8 / 72، والبداية 1 / 437 - 438، والقوانين الفقهية 91، والفتح الرباني 1 / 148 - 149.

(3) ن: الأم 2 / 45 - 47، والتنبيه 60، والوجيز 1 / 96 - 97، وقال في المجموع 6 / 82 - 83 بعد أن استعرض ثلاثة أقوال في زكاته هي: ربع العشر، والخمس، والثالث أنه إن أصابه من غير تعب وجب فيه الخمس، وإن أصابه بتعب وجب فيه ربع العشر. قال: هذه الأقوال مشهورة، والصحيح منها عند الأصحاب وجوب ربع العشر، قال الماوردي: هو نصه في الأم والإملاء والقديم. .»، وقال في صفحة 91: «والركاز هو المركوز بمعنى المكتوب، ومعناه في اللغة المثبوت. . . وهي في الشرع دفين الجاهلية، ويجب فيه الخمس بلا خلاف عندنا» وانظر أيضًا صفحة 99.

(4) ن: المبسوط 2 / 211، وفيه: «أن المستخرج من المعادن أنواع ثلاثة: منها جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص، ومنها جامد لا يذوب بالذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ، ومنها مائع لا يجمد كالماء والزئبق والنفط. فأما=

واحتج أصحابه بما رواه عبد اللّه[1] بن أبي سعيد المَقْبُري عن جده[2]، عن أبي هريرة[3]، قال: قال رسول اللّه ﷺ: «وفي الركاز الخمس»، قالوا: يا رسول اللّه. وما الركاز؟ قال: «الذهب والفضة الذي خلقه اللّه عز وجل في الأرض يوم خلقت»[4]، قالوا: فدل ذلك أن الركاز هو المعدن.

قالوا: ولأن الركاز اسم لما غيب في الأرض وأخفي فيها[5]، ومنه قولهم: ركز فلان رمحه في الأرض، إذا غيب بعضه فيها. ومنه قوله تعالى:

= الجامد الذي يذوب بالذوب ففيه الخمس عندنا.

وقال الشافعي رحمه اللّه تعالى: فيما سوى الذهب والفضة لا يجب شيء، وفي الذهب والفضة يجب ربع العشر، والنصاب عنده معتبر...».

في الأصل: واحدًا.

(1) هو أبو عبد اللّه بن سعيد بن أبي سعيد المَقْبُري عن أبيه وجده، وعنه حفص بن غياث ومحمد فضيل، وعبد اللّه بن إدريس. خرج له الترمذي وابن ماجة. قال البخاري: تركوه. ن: الخلاصة 199، وهو في المتن: «عبد اللّه بن أبي سعيد» والصواب واللّه أعلم: عبد اللّه بن سعيد بن أبي سعيد. كما جاء في سند حديث البيهقي في نصب الراية 2 / 380.

(2) هو أبو سعيد كيسان المقبري المدني. خرج له الستة، وروى عن عمر وعلي وأسامة، وعنه ابنه سعيد، وجماعة، قال النسائي: لا بأس به. قال الواقدي: توفي سنة 100هـ. ن: الخلاصة 322.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) متفق عليه من حديث أبي هريرة من طريق أبي سلمة بن عبد الرحمن، ولم أقف عليه من طريق عبد اللّه بن أبي سعيد المقبري كما عند المؤلف رحمه اللّه. أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب في الركاز الخمس، ومسلم في كتاب الديات باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار. وأخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء باب ما جاء في الركاز، وفي كتاب الديات باب العجماء، والمعدن والبئر جبار، والترمذي في أبواب الأحكام باب ما جاء في العجماء أن جرحها جبار، ومالك في الموطأ في جامع العقل من كتاب العقول.

وقال في نصب الراية: «قال البيهقي: روي عن أبي يوسف رحمه اللّه تعالى، عن عبد اللّه بن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه عن جده، عن أبي هريرة رضي اللّه عنه قال: قال رسول اللّه ﷺ: «في الركاز الخمس»، قيل: وما الركاز يا رسول اللّه؟ قال: «الذي خلقه اللّه في الأرض يوم خلقت».

(5) في الأصل: وأخفا.

﴿هَلْ تُحِسُّ مِنْهُم [مِّنْ][1] أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا﴾ [مريم: 98] يعني صوتًا خفيفًا، فلما كان ذهب المعدن خفيًا مغيبًا في الأرض، كان ركازًا، كما أن المدفون فيها ركاز.

واحتجوا بأن لا زكاة فيه، وفيه الخمس بقوله ﷺ: «البئر جُبَار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»[2].

قالوا: ولأنه حق متعلق بمال مقارن لاستفادته، فوجب أن يكون خمسًا. أصله[3]: خمس الفيء[4] والغنيمة[5].

قالوا: ولأنه مال متعلق بظهوره حق المساكين، فوجب أن يخمس. أصله: الركاز.

ولأنه ذهب خرج من المعدن، فوجب أن يخمس كالنَّدْرة[6].

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه أبو سلمة[7] بن عبد الرحمن عن أبي

---

(1) تكملة لازمة. وفي الأصل: أحدًا وهو خطأ.

(2) متفق عليه أخرجه البخاري في الزكاة باب في الركاز الخمس، ومسلم في الحدود باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار من حديث أبي هريرة أن رسول اللّه ﷺ قال: «جرح العجماء جبار والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس».

(3) في الأصل: أصل.

(4) الفيء في اللغة: الرجوع، وفي الشرع: ما رده اللّه على أهل دينه من أموال من خالفهم في الدين بلا قتال، إما بالجلاء، أو بالمصالحة على جزية أو غيرها. ن: التعريفات 170، وغريب المدونة 22 وحلية الفقهاء 160، والأنيس 183، والقاموس 278.

(5) الغنيمة: اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة على وجه يكون فيه إعلاء كلمة اللّه تعالى. ن: التعريفات 163، وحلية الفقهاء 160، والأنيس 183، والقاموس الفقهي 278.

(6) النَّدرة: الفضة المجتمعة مأخوذ من ندر الشيء إذا اجتمع ومنه ندر الرمل. ن: غريب المدونة 35، وفي «اللسان مادة: ندر»: الندرة هي القطعة من الذهب والفضة توجد في المعدن. والمراد ما يستخرج من الذهب والفضة بلا مشقة أو بمشقة يسيرة.

(7) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني أحد الأعلام. خرج له الستة. روى عن أبيه، وأسامة بن زيد، وأبي أيوب، وخلق. وعنه ابنه عمرو، وعروة، والأعرج، والشعبي، والزهري وخلق، قال ابن سعد: كان ثقة فقيهًا كثير الحديث، ونقل الحاكم أبو=

هريرة[1] أن رسول الله ﷺ قال: «جرح العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس»[2] ففرق عليه السلام بين اسميهما، فدل ذلك على بطلان من جعلهما[3] شيئًا واحدًا، لأنه لو كان كذلك، لقال: وفيها الخمس.

وأيضًا فإن الركاز مأخوذ من إركاز الرجل الشيء، إذا دفنه، والمعدن ليس كذلك، إنما هو عروق ينبتها الله عز وجل في الأرض، وليست موضوعة بوضع أحد من الخلق، فوجب لذلك أن لا يكون المعدن ركازًا. والذي يدل على أن فيه الزكاة دون الخمس: قوله ﷺ: «وفي الرقة ربع العشر»[4] فعم عليه السلام، ولم يخص معدنًا من غيره.

وقد روى مالك عن ربيعة[5] بن أبي عبد الرحمن، عن غير واحد من علمائهم أن رسول الله ﷺ قطع لبلال[6] بن أبي[7] الحرث المعادن القبلية[8] التي في ناحية الفُرْع[9]، فتلك المعادن لا يؤخذ منها إلى اليوم إلا

= عبد الله أنه أحد الفقهاء السبعة عن أكثر أهل الأخبار، ومات سنة 94، وقيل: 104هـ ن: الخلاصة: 451، وطبقات الحفاظ: 30.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) متفق عليه. تقدم تخريجه. والجبار: قال مالك: وتفسير الجبار: أنه لا دية فيه. ن: الموطأ. كتاب العقول: جامع العقل، وقال في: القاموس الفقهي 57، الجُبار: الهَدَر، وهو ما لا قصاص فيه ولا غرم، يقال: ذهب دمه جبارًا.

(3) في الأصل: جعلها.

(4) تقدم تخريجه.

(5) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ اليمني المعروف بربيعة الرأي. شيخ الإمام مالك. وثقه أحمد، وابن سعد، وابن حبان. خرج له الجماعة. توفي سنة 136هـ. ن: الخلاصة 116.

(6) هو أبو عبد الرحمن بلال بن الحرث أو الحارث المزني. وفد في رجب سنة 5 وكان معه لواء مزينة يوم الفتح أقطعه النبي عليه السلام العتيق. خرج له الأربعة أصحاب السنن، وابن خزيمة وابن حبان. روى عنه علقمة بن وقاص، وعمر بن عوف، مات سنة 60هـ. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 2 / 36، والإصابة 1 / 273، والخلاصة 53.

(7) هكذا في الأصل، والظاهر أنه من زيادة الناسخ لأنه لا ذكر له في كتب التراجم.

(8) بفتح القاف والباء هكذا ضبطها بالحروف. في المجموع 6 / 75.

(9) الفرع بضم الفاء وإسكان الراء بلاد بين مكة والمدينة. ن: المجموع 6 / 75.

الزكاة[1].

ولأنه شيء مستفاد من الأرض بعمل وتكلف مؤونة، ولم يتقدم عليه ملك أحد، فوجب ألا [. . .][2] إلا الزكاة دون الخمس كالزرع، ولأن الخمس إنما يجب فيما[3] أخذ من مال العدو بالغلبة والقهر على وجه الغنيمة، أو فيما وجد من أموالهم دفينًا كالركاز، أو فيما وجد بغير تعب، ولا كبير مشقة كالندرة وما جرى مجراها. والمعدن لا يشبه سائر هذا، وإنما هو عروق أنبتها اللّه تعالى.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث عبد اللّه[4] بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة[5]. غير محفوظ عن أحد ممن يوثق به[6]، وإنما المحفوظ منه: «وفي الركاز الخمس[7] [هـ84]» فقط وبقية الحديث حشو[8] وتلفيف[9] لا صحة له عند أحد من أهل النقل المحدثين.

وقولهم: ولأن الركاز اسم لما غيب في الأرض، وأخفي فيها إلى آخر ما ذكروه من الاحتجاج على الركاز، فهو كما قالوا، إلا أنه[10] مجاز واتساع، لأن أهل المواضع[11] وضعوا ذلك وتعارفوه فيما كثرت منفعته، ألا ترى أنهم

---

(1) أخرجه مالك في الزكاة في المعادن من كتاب الزكاة، والبيهقي في كتاب الزكاة باب زكاة المعدن.

(2) هنا كلمتان مطموستان يحتمل أنها: «يجب فيه» أو ما في معناهما.

(3) في الأصل: فيها.

(4) تقدمت ترجمته، ولعل وجه الصواب فيه هو: عبد اللّه بن سعيد، لا ابن أبي سعيد كما في المتن.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) ثم في سنده عبد اللّه بن سعيد بن أبي سعيد المقبري. قال فيه البيهقي: «وهو ضعيف جدًا»، وقال فيه البخاري: «تركوه». ن: نصب الراية 2 / 380 هامش 2، والخلاصة 199.

(7) تقدم تخريجه.

(8) الحشو من الكلام: الفضل الذي لا يعتمد عليه. ن: اللسان / حشا.

(9) أي تكثير للكلام لا طائل تحته.

(10) في الأصل: أن هو.

(11) هكذا في الأصل ولعل الصواب: الوضع.

يقولون في التجارة إذا كثرت أرباحها: أركزت، أي كثرت منفعتها واتسعت فائدتها.

واستدلالهم على وجوب الخمس فيه بقوله ﷺ: «وفي الركاز الخمس»[1] محمول على الندرة وفيها الخمس عندنا.

ولأنا قدمنا أن الركاز ليس بمعدن، والمعدن ليس بركاز.

وقياسهم المعدن على الفيء والغنيمة والركاز. باطل، لأن مال الغنيمة، مال ملك على مشرك، وأموال المشركين تخمس بنص كتاب الله. قال الله [عز وجل][2]: ﴿ ۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ [الأنفال: 41]، وليس كذلك المعدن، لأنه مال لا يملك على مشرك، فلا يجب فيه الخمس.

ولأن الركاز تقل[3] مؤونته، وليس المعدن كذلك، بل يشق فيه العمل، ويتكلف فيه إخراج النفقة، فخفف عمن تناول الخدمة فيه، بأن أخذ فيه ربع العشر، كما خفف عن الزارع لموضع الكلفة والمشقة، فأخذ منه العشر تارة، ونصف العشر أخرى، على حسب ما يجيء به من السقي إن كان سَيْحًا[4] أو نَضْحًا[5]، وهذا هو الجواب عن قياسهم على الندرة. والله أعلم.

* * *

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) في الأصل: تقتل.

(4) في الأصل: سبخا، والصواب ما أثبتناه.

(5) النضح: الرش، والبل. ن: غريب المدونة 13، والمغرب 454، وفيه: وكذا في قوله: ما سقي نضحًا أو بالنضح، وهو الماء ينضح به الزرع أي يسقى بالناضح وهو السانية.

والسَّيْح: الماء الظاهر الجاري على وجه الأرض، وفي حديث الزكاة: «ما سقي بالسيح ففيه العشر». ن: اللسان / سيح. والمراد بقوله: إن كان سيحًا: إن سقي بماء المطر بلا مشقة.

باب زكاة الماشية

مسألة [82]:

[في الساعي إذا وجد في 25 من الإبل بنت مخاض لم يكن له أخذ ابن لبون ولا غيره]

إذا وجد الساعي[1] في خمس وعشرين من الإبل بنت[2] مخاض، لم يكن له أخذ ابن[3] لبون ولا غيره، وإنما يأخذ بنت مخاض[4]. **وبه قال الشافعي**[5].

وقال أبو حنيفة: يجزئ رب الإبل ابن لبون مع وجود بنت مخاض، إذا تساوت قيمتهما[6]، وبناه على أصله في جواز أخذ القيم في الزكاة[7].

واحتج أصحابه، فقالوا: لو كان جواز أخذ ابن لبون موقوفًا على عدم

---

(1) الساعي هو المكلف من قبل الدولة الإسلامية بجمع الزكوات.

(2) بنت مخاض: هي التي استكملت سنة ودخلت في الثانية، سميت بها لأن أمها صارت حاملاً بولد آخر. ن: الطلبة 39.

(3) ابن لبون: هو الذي استكمل سنتين ودخل في الثالثة، سمي بها لأن أمه صارت لبونًا أي ذات لبن بلبن ولد آخر. ن: الطلبة 40 وابنة لبون مثله.

(4) ن: التفريع 1 / 281، ورؤوس المسائل لابن القصار 32، والإشراف 1 / 156، والتلقين 48 - 49، والكافي 1 / 269، والبداية 1 / 438، والمنتقى 2 / 127 - 128، والقوانين الفقهية 95.

(5) الأم 2 / 6، والتنبيه 56، والوجيز 1 / 80، والمجموع 5 / 401.

(6) قال في المبسوط 2 / 155 - 156: «إذا وجب عليه في إبله بنت مخاض، فلم توجد، ووجد ابن اللبون فعندنا لا يتعين أخذ ابن اللبون، وعند الشافعي رحمه الله تعالى يتعين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي...»، وانظر: البدائع 2 / 33. ط2، 1974.

(7) ن: المبسوط 2 / 156، وفيه: «إن أداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكاة والصدقات والعشور والكفارات جائز عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى...».

بنت مخاض، لوجب مع اعتبار عدمها من ملكه وعدم ما يشتريها[1] به[2] اعتبارًا بسائر الأبدال.

ولما[3] اعتبر في جوازها عدم الأصل، اعتبر أيضًا عدم القدرة على شرائه. ألا ترى أن القادر على شراء رقبة في الكفارة، كالمالك للرقبة، وكذلك القادر على شراء ماء الطهارة، كالمالك للماء. وفي اتفاقنا على جواز أخذ ابن لبون عند عدم بنت مخاض مع القدرة على شرائها، دليل على جواز أخذه غير موقوف على عدمها.

قالوا: ولأن ابن لبون لما كان فرضًا ينوب مناب فرض [آخر][4] مقدر في الصدقات، لم يقف جواز أخذ أحدهما على عدم الآخر. دليله: المائتان من الإبل، إذا اجتمع فيها الفرضان.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث عمرو بن حزم[5] أن النبي ﷺ قال في الكتاب الذي كتبه لأهل اليمن: «فإذا زادت واحدة على أربعة وعشرين، ففيها بنت مخاض، فإن لم توجد[6] بنت مخاض، فابن لبون ذكر»[7].

وفي الكتاب الذي كتبه أبو بكر لأنس[8] في فرض الصدقات: «فإن لم يكن فيها بنت مخاض، فابن لبون ذكر»[9]، وكذلك في حديث

---

(1) في الأصل: تسترتها.

(2) هنا كلام سقط من الناسخ، اختل السياق واضطرب النظم بسببه.

(3) في الأصل: لما.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) هو أبو الضحاك عمرو بن حزم بن زيد الأنصاري الخزرجي المدني، شهد الخندق، وولي بعض أمور اليمن، خرج له أبو داود في مراسيله، والنسائي وابن ماجة. روى عنه ابنه محمد، وزياد بن نعيم. قال المدائني مات سنة 51هـ. ن: الخلاصة 288، وتهذيب الأسماء واللغات 2 / 26.

(6) في الأصل: يوجد.

(7) جزء من حديث طويل أخرجه أبو داود في مراسيله من طريق سليمان بن أرقم عن الزهري، ثم قال: وسليمان بن أرقم متروك. ن: نصب الراية 2 / 339 - 341.

(8) أنس رضي الله عنه تقدمت ترجمته.

(9) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب زكاة الغنم وفي 10 مواضع أخر من هذا الكتاب. =

ابن شهاب[1].

والاستدلال بهذه الأحاديث من وجهين:

أحدهما: أنه عليه السلام، أوجب في خمس وعشرين بنت مخاض، فهي واجبة عليه في الإبل، سوى أخرج[2] ابن لبون أولاً. وإذا كان وجوبها باقيًا عليه، فابن لبونْ لا يجزئ إخراجه مع وجودها.

والوجه الثاني: أنه شرط في جواز إخراج ابن لبون عدم بنت مخاض في الإبل. فقال عليه السلام: «فإن لم توجد فابن لبون ذكر»، وهو حرف شرط بغير خلاف. وإذا كان ذلك كذلك، فإخراج[3] ابن لبون مع وجود بنت مخاض، يجب[4] أن لا يجزئه لعدم الشرط، الذي يجوز معه إخراجه وهو عدم بنت مخاض.

ولأن كل حق تعلق بمال، فإنه لا يجوز الانتقال عنه إلى بدله مع وجود أصله، اعتبارًا بالرقبة[5] في الكفارات، وزكاة الفطر. لأنه لو تصدق بقيمة الرقبة في كفارة وجبت عليه على الفقراء أو المساكين لم يجزئه ذلك بإجماع[6]، وكذلك مسألتنا، وكذلك لو أخرج زكاة الفطر نصف صاع من غير

= ـ وفي كتاب أبي بكر له في الصدقات وأبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة، وأخرجه النسائي في كتاب الزكاة، باب زكاة الإبل.

(1) تقدمت ترجمته.
وحديثه أخرجه ابن ماجة في كتاب الزكاة. باب صدقة الإبل، وانظر: نصب الراية 2 / 338.

(2) في الأصل: إخراج.

(3) في الأصل: وإخراج.

(4) في الأصل: وجب.

(5) الرقبة: العنق، وتطلق على جميع ذات الإنسان تسمية للشيء باسم بعضه لشرفه وأهميته، وتطلق على المملوك وهو المراد هنا عبدًا كان أو أمة. ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: 92]. ن: القاموس الفقهي 151، وحلية الفقهاء 163.

(6) في هذا الحكم نظر، والراجح أنه غير سديد لأن أداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكاة=

قوت بلده، قيمته صاع من قوت بلده، لم يجزئه ذلك أيضًا.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: لو كان عدم بنت مخاض شرطًا في جواز أخذ ابن لبون، لكان عدم ثمنها [هـ 85] أيضًا شرطًا. إلى آخر ما ذكروه من الاحتجاج في هذا الفصل، فمجرد دعوى لا برهان عليه، وهو أيضًا باطل على أصلهم، لأنهم يجيزون للحر أن يتزوج الأمة[1] مع وجود القدرة على الحرة، ولا يجيزون له تزويجها إذا كانت تحته حرة، ففرقوا بين وجود العين وبين القدرة عليها.

وعلى أن الفرق بين الزكاة، وبين القدرة على شراء رقبة الكفارة هو أن الكفارة تتعلق بعين المال دون ذمة ربه، فاعتبر وجود البدل في المال دون غيره.

وأما ما ذكروه من المائتين إذا اجتمع فيها الفرضان: فباطل، لأن الواجب فيها أخذ أحد السنين على التخيير لا على الترتيب، وليس كذلك مسألتنا، لأن بنت مخاض فيها واجبة على الترتيب لا على التخيير.

* * *

= والصدقات، والعشور، والكفارات، جائز عند الأحناف كما صرح بذلك السرخسي في مبسوطه 2 / 156، ولا يتصور انعقاد الإجماع بدون الأحناف.

(1) الأمة: المرأة المملوكة خلاف الحرة، وجمعها إماء. ن: القاموس الفقهي 27.

مسألة [83]:
[في حكم زكاة الإبل إذا زادت على مائة وعشرين واحدة]

إذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة، تغير الفرض، وكان الساعي بالخيار بين أخذ حقتين[1]، أو ثلاث بنات لبون في رواية ابن القاسم[2]، وابن[3] عبد الحكم عن مالك، وروى عنه عبد الملك[4]، وأشهب[5] أن الفرض لا يتغير فيها بزيادة واحدة، فيكون فيها حقة، وابنتا لبون[6].

---

(1) الحِقة: هي التي استكملت ثلاث سنين، ودخلت في الرابعة، سميت بها لاستحقاقها الحمل والركوب. ن: الطلبة 40، والقاموس الفقهي 94.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون، كان فقيهًا فصيحًا مفتي المدينة في زمانه. روى عن مالك وعن أبيه عبد العزيز. خرج له النسائي وابن ماجة. قيل توفي سنة 212هـ. وقيل سنة 214.

ن: الانتقاء 57، وطبقات الشيرازي 148، وترتيب المدارك 3 / 136 - 142، والديباج 2 / 6 - 8، والشجرة 56، والخلاصة 244 - 245.

(5) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري. فقيه، ثبت، ورع، انتهت إليه رياسة المذهب المالكي بعد ابن القاسم، صحب مالكًا، وروى عن الليث، والفضيل بن عياض أخذ عنه ابن عبد الحكم، والحارث بن مسكين، وسحنون، وجماعة. خرج له أصحاب السنن. توفي بمصر سنة 204هـ.

ن: طبقات الشيرازي 150، والانتقاء 51 - 52، والديباج 1 / 307، وترتيب المدارك 3 / 262، والشجرة 59.

(6) هكذا في الأصل: «وفيها حقة وابنتا لبون» والظاهر أنه خطأ، والصواب كما في أمهات كتب المالكية: «فيها حقتان»، لأنهما الفرض الذي في المائتين فما دون إلى إحدى وتسعين، وهو مقتضى قول المؤلف: أن الفرض لا يتغير فيها بزيادة واحدة، لأن الفرض فيها قبل الزيادة إنما هو حقتان بلا خلاف، ويحتمل أنه قد سقطت من الناسخ جملة وهذه الجملة هي: «حتى تبلغ ثلاثين ومائة». وهذا أظهر عندي من الاحتمال قبله لأنه يستقيم به الكلام دون حاجة إلى حذف شيء، أو تبديله، والله أعلم. وللمالكية في هذه المسألة ثلاثة أقوال: الأول أن=

وقال **الشافعي** يتغير الفرض بزيادة واحدة، فيكون فيها ثلاث بنات لبون[1]. **وإليه ذهب ابن شهاب**[2]، **واختاره ابن القاسم**[3].

وقال أبو حنيفة: يستأنف الفرض فيها بعد المائة وعشرين، ويكون في مائة وخمس وعشرين حقتان، وشاة، وفي ثلاثين ومائة حقتان وشاتان، وفي مائة وخمس وثلاثين حقتان وثلاث شياه، وفي مائة وأربعين حقتان، وأربع شياه، وفي خمس وأربعين ومائة حقتان وابنة مخاض، وفي خمسين ومائة ثلاث حقاق، وفي خمس وخمسين ومائة، ثلاث حقاق وشاة[4]. و[هكذا][5] على هذا الترتيب.

واحتج أصحابه بما روي في صحيفة[6] عمرو بن حزم[7] التي كتب

= الفرض يتغير إلى تخيير الساعي بين حقتين وثلاثة بنات لبون، وهو رواية ابن القاسم وابن الحكم عن مالك، والثاني: أن الفرض لا ينتقل إلا بزيادة عشرين من الإبل، وقبلها يبقى فيه الفرض السابق وهو حقتان، وهو رواية أشهب وعبد الملك عن مالك.

والثالث: أن الفرض ينتقل إلى ثلاث بنات لبون من غير تخيير، وهو اختيار ابن القاسم، قال ابن عبد البر: وهو الصحيح وبه أقول: ن: التفريع 1 / 282، ورؤوس المسائل لابن القصار 31 - 32، والإشراف 1 / 158، والتلقين 49، والكافي 1 / 269، والمنتقى 2 / 130، والبداية 1 / 438 - 439، والقوانين الفقهية 95.

(1) ن: الأم 2 / 6، والتنبيه 56، والوجيز 1 / 80، والمجموع 6 / 390.

(2) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 31 - 32، وابن شهاب تقدمت ترجمته.

(3) وكذا ابن عبد البر، وقال: وهو الصحيح وبه أقول. ن: الكافي 1 / 269.

(4) مختصر الطحاوي 43، والقدوري 20، والمبسوط 2 / 151، ورؤوس المسائل للزمخشري 199.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات 2 / 26 في ترجمة عمرو صاحب الصحيفة: «واستعمله رسول اللّه ﷺ على نجران باليمن، وهو ابن سبع عشرة سنة، وبعث معه كتابًا فيه الفرائض والسنن والصدقات والجروح والديات، وكتابه هذا مشهور في كتب السنن، رواه أبو داود والنسائي وغيرهما مفرقًا وأكملهم له رواية النسائي في الديات، ولم يستوفه أحد منهم في موضع»، وانظر مزيد معلومات عن هذه الصحيفة في التراتيب الإدارية 1 / 168 - 171.

(7) تقدمت ترجمته.

رسول اللّه فرض الزكوات فيها: «فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين، ففي كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون، فما فضل فإنه يعاد إلى أصل فريضة الإبل، فما كان منها أقل من خمس وعشرين. ففيها الغنم في كل خمس شاة»[1].

وروي من طريق عاصم[2] بن ضمرة عن علي بن أبي طالب رضي اللّه عنه أنه قال: «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة فيها»[3].

---

(1) ذكر في نصب الراية 2 / 343 - 345 أن أبا داود أخرجه في مراسيله، وإسحاق بن راهويه في مسنده، والطحاوي في مشكله عن حماد بن سلمة، قلت لقيس بن سعد، خذ لي كتاب محمد بن عمرو بن حزم، فأعطاني كتابًا آخر أنه أخذه من أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، أن النبي ﷺ كتب لجده، فقرأته فكان فيه ذكر ما يخرج من فرائض الإبل، فقص الحديث إلى أن يبلغ عشرين ومائة، فإذا كانت أكثر من عشرين ومائة، فإنه يعاد إلى أول فريضة الإبل، وما كان أقل من خمس وعشرين ففيه الغنم في كل خمس ذود شاة. ثم ذكر أن ابن الجوزي قال: هذا حديث مرسل، وقال البيهقي: هذا حديث منقطع. وأن قيس بن سعد وحماد بن سلمة وأن كانا من الثقات فروايتهما هذه تخالف رواية الحفاظ عن كتاب عمرو بن حزم وغيره.

(2) هو عاصم بن ضمرة السلولي الكوفي. خرج له الأربعة. روي عن علي، وعنه حبيب بن أبي ثابت والحكم بن عتيبة. وثقه ابن معين وابن المديني، وتكلم فيه غيرهما كابن عدي، وابن حبان. قال خليفة: مات سنة 174هـ. ن: الخلاصة 182.

(3) أخرجه أبو داود جزءًا من حديث طويل، من طريق عاصم بن ضمرة، والحرث الأعور عن علي رضي اللّه عنه، وفيه: «. . . ففيها حقتان طروقتا الجمل إلى عشرين ومائة، فإن كانت الإبل أكثر من ذلك، ففي كل خمسين حقة»، وليس: «استؤنفت الفريضة فيها» كما ذكر المؤلف رحمه اللّه.

وأخرجه الطحاوي عن ابن مسعود بلفظ: «فإذا بلغت العشرين ومائة استؤنفت الفريضة بالغنم، في كل خمس شاة، فإذا بلغت خمسًا وعشرين، ففرائض الإبل». واعترضه البيهقي بأنه موقوف. ومنقطع. ن: نصب الراية 2 / 345.

وأخرجه ابن شيبة عن علي رضي اللّه عنه من طريق عاصم بن ضمرة بلفظ: «إذا زادت على عشرين ومائة يستقبل بها الفريضة» ن: نفس المصدر، وفيه أنه قد اختلفت الرواية في حديث علي رضي اللّه عنه.

وروي من طريق ابن مسعود[1] مثله[2]. قالوا: وهذا لا يؤخذ قياسًا، وإنما يؤخذ توقيفًا عن النبي ﷺ، فإن[3] أنتم أوجبتم في مائة وعشرين حقتين، أو ثلاث بنات لبون، فلا بد من مخالفتكم للخبر الذي تحتجون به، وهو قوله عليه السلام: «فما زاد ففي كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون»، وإن أنتم أوجبتم في كل أربعين بنت لبون، فإنما توجبونها في أربعين وثلاث، وهو خلاف الخبر، وإن أوجبتموها في مائة وعشرين دون الواحدة الزائدة، خالفتم أصول[4] الزكوات، لأن أصولها مبنية على أن كل ما يغير الفرض، فإن الفرض متعلق به، ومأخوذ عنه بدل[5] ذلك الخامسة والعشرون، والسادسة[6] والثلاثون، وغير ذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه الزهري[7] عن سالم[8] بن عبد الله عن أبيه[9] عن النبي ﷺ أنه قال في الكتاب الذي كتبه في الصدقة: «فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين، ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون»[10]، ومثله في كتاب أبي بكر الصديق

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدم تخريجه.

(3) في الأصل: وإن.

(4) أصول الزكوات: قواعدها التي تحكمها.

(5) هكذا في الأصل ولم أتبين معناها، ويحتمل أنها مصفحة.

(6) في الأصل: والسادة.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب. أحد الفقهاء السبعة. اختلف في وفاته، فقيل سنة 106، وقيل غير ذلك. ن: طبقات الشيرازي 62، وطبقات الحفاظ 40، والحلية 2 / 193.

(9) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب الصحابي الشهير. ن: طبقات الشيرازي 49، والخلاصة 207.

(10) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب زكاة السائمة، جزءًا من حديث من طريق ابن المبارك عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب، قال: هذه نسخة كتاب رسول الله الذي كتب فيه الصدقة، وهي عند آل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال ابن شهاب: أقرأنيها سالم بن عبد الله بن عمر فوعيتها على وجهها، وهي التي انتسخ عمر بن عبد العزيز من عبد الله بن عبد الله بن=

لأنس[1]. [2]. وهذا خبر صحيح، وهو نص لا يتوجه لهم عليه تأويل بوجه من الوجوه، وقد اطرحوه، ولم يقولوا بشيء منه.

وقد أجاب بعضهم عن هذا. فقالوا: إذا كانت الإبل تسعين ففيها حقة وبنت لبون، وقد شاركناكم في الخبر، وقلنا: إن في كل خمسين حقة، وفي كل أربعين بنت لبون. قيل لهم: أنتم لا تقولون بالخبر جملة، فإن الحقة لا تجب عندكم في الخمسين، ولا بنت لبون في الأربعين بحال، وإنما توجبون الحقة في ستة وأربعين، وبنت لبون في ستة وثلاثين على حسب ما كان في الابتداء، فقد تركتم القول والعمل بالحديث من كل وجه.

وأما من جهة المعنى، فإنا لما وجدنا ما قبل المائة والعشرين من النُّصُب[3] أقرب إلى النُّصُب التي[4] يجب فيها الغنم، ولم تعد الغنم فيها فيما قبل المائة والعشرين، مع كونها أقرب إليها. فألا تعود فيها بعدها أولى وأحرى. لأن أصول الزكوات مبنية على أن كل صنف منها، إنما تؤخذ زكاته من جنسه، لا من غيره، فالغنم والبقر [هـ 86]، والذهب والفضة، تؤخذ عن كل صنف منها من جنسه إلا ما خصه الدليل مثل الشاة تؤخذ عن خمس من الإبل. وإنما كان ذلك كذلك، لأن الخمس من الإبل مال قليل، فلو أخذ عنها من جنسها لضر ذلك بربها. وكذلك ما بينها[5] وبين أربعة وعشرين.

فإذا كانت خمسة وعشرون احتملت الأخذ، فيجب فيها بنت مخاض، فإذا زادت إلى ما فوق ذلك احتملت الأخذ منها كما قلنا، فلم يعد ذلك إلى فريضة الغنم، إلا أن تنقص حتى تعود إلى فريضة غنم، فتؤخذ عنها الغنم،

= عمر، وسالم بن عبد الله بن عمر، فذكر الحديث...».

(1) تقدمت ترجمته.

(2) الحديث الذي في كتاب أبي بكر لأنس، أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب زكاة الغنم، وفي عشرة مواضع أخر من هذا الكتاب: وأبو داود في كتاب الزكاة باب زكاة السائمة، والنسائي في الزكاة باب زكاة الإبل. وقد تقدم تخريجه.

(3) النُّصُب جمع نصاب: وقد تقدم تعريفه.

(4) في الأصل: الذي.

(5) في الأصل: بينك.

وتعود إلى أول فرضها.

ولأن المأخوذ من جنس الشيء آكد حكمًا من غير المأخوذ عنه من غير جنسه، لأن الأخذ من الجنس هو الأصل، والأخذ من غيره لمعنى يعرض[1] من ضرورة وغيرها، وقد وجدنا فرض الجدعة لا يعود بعد المائة والعشرين وهي من جنس الإبل، فألا يعود فرض الغنم الذي هو ليس من جنس الإبل أولى وأحرى.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث[2] الذي في صحيفة عمرو[3] ابن حزم، هو معارض بحديث الزهري[4]، وهو أصح سندًا، وأثبت نقلاً[5]، وحديث عاصم[6] بن ضمرة عن علي ضعيف[7]، وقد قال ابن المنذر[8]: حديث عاصم[9] بن ضمرة بن علي في هذا الفصل غير ثابت[10].

وقد عمل بحديثنا الذي اعتمدنا عليه الخليفتان: أبو بكر وعمر رضي اللّه عنهما[11].

---

(1) في الأصل: يغرض.

(2) في الأصل: بالحديث.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته وتخريج حديثه في سنن أبي داود في كتاب الزكاة باب زكاة السائمة.

(5) ن: نصب الراية 2 / 338 - 339.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) ن: نصب الراية 2 / 345.

(8) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري شيخ الحرم، وصحاب الكتب التي لم يصنف مثلها. احتاج إلى كتبه الموافق والمخالف. كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل، مجتهدًا لا يقلد أحدًا. من مؤلفاته: الإشراف، والمبسوط، والإجماع، والتفسير، والسنن والاختلاف، مات بمكة سنة 309هـ أو 310هـ. ن: طبقات الشيرازي 108 وطبقات العبادي 67، وطبقات السبكي 2 / 126، ووفيات الأعيان 3 / 344، وطبقات الحفاظ 330.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) لم أقف على قوله هذا.

(11) ن: نصب الراية 2 / 344.

وأما قولهم: فإن[1] قلتم: إن في مائة وأحد[2] وعشرين حقتين، أو ثلاث بنات لبون، فلا بد من مخالفتكم للخبر إلى آخر ما ذكروه[3]، فالجواب عنه أن فرض الحقتين باق إلى أن يكون ثلاثين ومائة، وهي رواية عبد الملك[4]، وأشهب[5] عن مالك وهو القياس عند أحد حذاق أصحابنا، فاعتراضهم على هذا ساقط.

وأيضًا فإن الواحدة الزائدة على مائة وعشرين، إن قلنا: إنها تغير الفرض، لم يلزم أيضًا ما قالوا، بدليل أن في إحدى وتسعين حقتين، ولسنا نقول: إن في كل خمس وأربعين ونصف، حقة، وإنما نقول: فيها حقتان جملة من غير تفصيل.

ولأنا وجدنا من الأصول ما يتغير[6] به الفرض، ولا مدخل له في الفرض، وهما الأخوان مع الأبوين يحجبان الأم عن الثلث إلى السدس، ولا يرثان[7] من المال شيئًا، فبطل ما قالوه.

* * *

(1) في الأصل: فإنما.
(2) في الأصل: وأحدا.
(3) في الأصل: ذكرتموه.
(4) تقدمت ترجمته.
(5) تقدمت ترجمته.
(6) في الأصل: يعتبر.
(7) في الأصل: يرثا.

مسألة [84]:

[في الأوقاص في الأنعام هل فيها زكاة أم لا]

ولا زكاة في الأوقاص، وهو ما بين الفريضتين من كل الأنعام[1].[2]. وبه قال أبو حنيفة[3] إلا ما روى الطحاوي[4] عنه أنه قال في البقر: إذا بلغت أحدًا[5] وأربعين، ففيها مسنة[6] وربع عشر مسنة[7]، وروى عنه

---

(1) الأنعام واحدة نعم، وهي المال السائمة كالبقر والغنم والإبل والمعز. ن: المغرب 458، والأنيس 144، والقاموس الفقهي 255.

(2) وهو الظاهر من مذهب مالك. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 32، والتلقين 49، والقوانين الفقهية 95، والفتح الرباني 1 / 150، وفيه «أنه اتفق أهل المذاهب الأربعة على أن الوقص لا زكاة فيه»، وفيه نظر كما سنرى.

(3) ن: القدوري 21، والمبسوط 176، ورؤوس المسائل للزمخشري 200 - 201، والبدائع 2 / 23، وفيها «أن الأصل عند أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوجوب يتعلق بالنصاب دون العفو، وعند محمد وزفر رحمهما الله يتعلق بهما جميعًا».

(4) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، ابن أخت المزني إليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر. أخذ العلم عن أبي جعفر بن أبي عمران، وعن أبي خازم، وغيرهما، كان شافعيًا يقرأ على المزني فقال له يومًا: والله لا جاء منك شيء، فغضب وانتقل إلى أبي جعفر بن أبي عمران الحنفي. ولما صنف مختصره، قال: رحم الله أبا إبراهيم أي المزني، لو كان حيًا لكفر عن يمينه. من مصنفاته اختلاف الفقهاء، والشرائط، وأحكام القرآن، ومعاني الآثار. توفي سنة 321هـ عن بضع وثمانين سنة.

ن: طبقات الشيرازي 142، والجواهر المضية 1 / 102، والفهرست 207، ووفيات الأعيان 1 / 53، وتذكرة الحفاظ 1 / 810، وطبقات الحفاظ 339.

(5) في الأصل: أحد.

(6) المسنة: التي جاوزت الحولين. وجمعها مسان بفتح الميم. ن: الطلبة 40.

(7) وهذه الرواية رواها عن أبي حنيفة أيضًا القاضي أبو يوسف في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى 127، وانظر: المبسوط 2 / 187 أيضًا، فقد قال فيه: «وفي كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى قال: إذا كان له إحدى وأربعون بقرة، فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه مسنة وربع عشر مسنة، أو ثلث عشر تبيع. .» وانظر أيضًا البدائع 2 / 28 ط2. 1974.

الرازي[1] أنه قال: لا شيء فيما زاد على الأربعين حتى بلغ خمسين، فيكون فيها مسنة وربع مسنة[2].

وقال الشافعي: الزكاة تتعلق بالنصاب والوقص[3]. وصريح هذا أن الوقص عنده مزكى.

وفائدة هذا الخلاف، تتصور في خليطين لأحدهما خمس من الإبل وللآخر أربع إذا جاءهما الساعي، فأخذ عنها شاة. فعندنا وعند أبي حنيفة، أن الشاة كلها على رب الخَمْس، وعند الشافعي يترادان الشاة بينهما علي تسعة أجزاء: على صاحب الخمس خمسة أجزاء: وعلى صاحب الأربع أربعة أجزاء، وكذلك كل ما أشبه هذه المسألة عنده فإن هذا حكمها.

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً [تُطَهِّرُهُمْ][4] وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103] فعم الأموال بأخذ الصدقة منها. قالوا: وقوله: ﴿تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103]. فأخبر تعالى أن تطهير المال وتزكيته ببعض[5] ماله[6] أولى من تطهيره وتزكيته بالبعض الآخر.

قالوا: ولأن النبي ﷺ، قال في حديث أنس[7]: «فإذا بلغت خمسًا وعشرين، ففيها بنت مخاض إلى خمس وثلاثين»[8]. قالوا: فأوجب عليه

---

(1) هو أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص، صاحب أبي الحسن الكرخي. إليه انتهت رئاسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد، وعنه أخذ فقهاؤها. له مصنفات عدة منها: أحكام القرآن. واختصار اختلاف الفقهاء للطحاوي، مات سنة 370هـ.

ن: طبقات الشيرازي 144، والجواهر المضية2 / 249، والفهرست 208، وعبر الذهبي 2 / 354.

(2) قال الرازي الجصاص في أحكام القرآن 3 / 151: «وقد روى عنه (أي عن أبي حنيفة) الحسن بن زياد أنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين فتكون فيها مسنة وربع مسنة».

(3) في الأصل: قالوا فالوقص.

(4) تكملة لازمة.

(5) غير واضحة في الأصل.

(6) يحتمل أن هنا كلامًا سقط من الناسخ. هو: «وليس تطهيره وتزكيته ببعض ماله».

(7) تقدمت ترجمته.

(8) تقدم تخريجه.

السلام فيها، وفيما زاد عليها إلى خمس وثلاثين بنت مخاض.

قالوا: وقد قال ﷺ[1]: «في أربع وعشرين فما دونها الغنم»[2]، فذكر النصاب والوقص.

قالوا: ولأن الواجب قد يتعلق بمقدار معلوم، فإذا زاد على ذلك المقدار شيء، تعلق الواجب[3] به، وبالزائد[4] عليه جميعًا، كالمحرم إذا حلق شيئًا[5] من شعره، فإن عليه الدم، ولو حلق جميع رأسه لكان عليه ذلك الدم، وإذا سرق السارق ربع دينار قطع، وكذلك إذا سرق الدينار قطع. ولو أوضح رجل رجلاً مُوضِحَة[6]، كان عليه خمس من الإبل، ولو كانت الموضحة معممة لجميع رأسه، لكان عليه خمس من الإبل، قالوا: فكذلك الشاة المأخوذة من الخمس مأخوذة عنها، وعما زاد عليها.

قالوا: والدليل على صحة هذا، أن النبي ﷺ، نص على الخمس، وهي أقل نصاب يتعلق به الفرض، لأن الزكاة [هـ 87] تؤخذ عن الخمس فقط دون ما زاد عليها.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث الحكم[7] عن طاووس[8] عن ابن

---

(1) في مكان «ﷺ» هنا في الأصل: «اللّه» وهو خطأ.

(2) تقدم تخريجه من حديث أنس في كتاب أبي بكر رضي اللّه عنه إليه.

(3) في الأصل: الوجب.

(4) في الأصل: بالزائد.

(5) في الأصل: شيء.

(6) الموضحة من الجراج: هي التي أظهرت العظم، وأوضحته بإزالة اللحم عنه. ن: غريب المدونة: 113، والقاموس 382.

(7) المسمون بهذا الاسم كثير، والراجح أن المراد هنا هو:
أبو عيسى الحكم بن أبان العدني العابد، خرج له الأربعة، والبخاري في جزء القراءة له. روي عن طاوس وعكرمة وعنه ابنه إبراهيم، وابن عيينة وغيرهما. قال العجلي: ثقة صاحب سنة. قيل مات سنة 154هـ، وقيل 155هـ. ن: الخلاصة 88، ويحتمل أنه الحكم ابن عتيبة أحد الأعلام توفي سنة 115هـ. ن: الخلاصة 89.

(8) هو طاوس بن كَيْسَان اليماني الجَنَدِي الإمام العلم. خرج له الستة. روى عن أبي هريرة=

عباس[1] قال: لما بعث النبي ﷺ معاذًا[2] إلى اليمن، سأل النبي عليه السلام عن الأوقاص، فقال له: «ليس فيها شيء»[3] وروي أنه عليه السلام، قال: «ليس في الأوقاص زكاة»[4].

وروي أن معاذًا[5] عرضت عليه الأوقاص فأبى[6] وامتنع عنها، أن يأخذ منها شيئًا، وقال: «لم يأمرني رسول اللّه فيها بشيء»[7].

وقال عليه السلام: «إذا بلغت الإبل خمسًا وعشرين ففيها بنت مخاض، ثم لا شيء في زيادتها، حتى تبلغ ستًا وثلاثين، وفي ستة وثلاثين بنت لبون، ثم لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستًا[8] وأربعين»[9].

= وعائشة، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وزيد بن أرقم، وجابر وابن عمر، وأرسل عن معاذ، وعنه مجاهد، وعمرو بن شعيب، وحبيب بن أبي ثابت، والزهري، وأبو الزبير وعمرو بن دينار، وسليمان الأحول، وخلق. قال ابن عباس: إني لأظن طاوسًا من أهل الجنة، وثقه ابن معين وغيره. قال ابن القطان: مات سنة 106هـ. ن: الخلاصة 181، وطبقات الحفاظ 41.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة، باب ليس في الخضروات صدقة من طريق بقية، وهو جزء من حديث طويل.

وذكر في التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 99 أنه قد أخرجه أيضًا البيهقي في سننه، والبزار في مسنده وقال: لا نعلم أحدًا أسنده عن ابن عباس إلا بقية عن المسعودي، وقد رواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مرسلاً، ولم يتابع بقية عن المسعودي في هذا أحد، وقد رواه الحسن بن عمارة أيضًا عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس، والحسن بن عمارة متروك.

(4) لم أقف على هذه الرواية.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) في الأصل: عنها فامتنع.

(7) هذا جزء من حديث ابن عباس المتقدم.

(8) في الأصل: ست.

(9) جزء من حديث أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب زكاة السائمة، والترمذي في أبواب=

وهذا يدل على ألا شيء في الأوقاص، لا ابتداء ولا انتهاء.

ولأنه وقص قصر مقداره عن النصاب، فوجب ألا يتعلق به وجوب. أصله: الأربع من الإبل.

ولأن الاعتبار إنما يصح بالنصاب بدليل أنه إذا نقص لم يجب فيه شيء، وإذا زادت عليه زيادة لا تبلغ نصابًا، لم تغير تلك الزيادة الفرض، فعلم أن تلك الزيادة غير مؤثرة.

ولأن الوجوب لو كان متعلقًا بالنصاب والوقص على ما زعموا، لأدى ذلك إلى أن يكون في النصاب أقل من المقدار المنصوص عليه. ألا ترى أنا إذا أوجبنا[1] على من معه ثمانون من الغنم شاة، وقلنا إن هذه الشاة مأخوذة عن الجميع حصل منه أن في كل أربعين نصف شاة. وهو خلاف قول النبي ﷺ: «في أربعين شاة، وفي خمس ذود شاة»[2].

ولأن ما قالوه وأصلوه في هذه المسألة يوجب أخذ الشاة عن[3] البعير الواحد، لأن الشاة إذا كانت مأخوذة عن تسع من الإبل، ثم بلغت عشرًا، فإن فيها شاتين، فتكون الشاة الثانية مأخوذة عن البعير العاشر وحده، لأن الشاة الأولى مأخوذة عن جميع التسع. وذلك خلاف الأصول المنصوص عليها.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103] إلى آخر ما احتجوا به من الآية. فالجواب عنه: أن قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: 103] مجمل مفتقر إلى بيان، وقد بينه النبي بإيجابه في خمس من الإبل شاة. وإيجابه

= الزكاة، باب زكاة الإبل والغنم عن الزهري عن سالم عن أبيه، بلفظ قريب.

(1) في الأصل: أوجبت.

(2) أخرجه الترمذي في الزكاة باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم عن ابن عمر وهو جزء من حديث طويل، وأبو داود في الزكاة باب زكاة السائمة، وابن ماجة في الزكاة باب صدقة الغنم، والنسائي في زكاة الغنم، عن علي وابن عمر رضي الله عنهما. وأخرجه أيضًا الحاكم في المستدرك كتاب الزكاة باب من تصدق من مال حرام لم يكن فيه أجر، وكان إصره عليه، والبيهقي في الزكاة، باب كيف فرض الصدقة، كلهم بألفاظ متقاربة.

(3) في الأصل: من.

في العشر شاتين، وغير ذلك مما بينه عليه السلام من وقصها.

وقولهم: إذا طهر ببعض ماله كان تطهيره بالبعض الآخر أولى. فليس كذلك. لأن الزكاة إذا وجبت في بعض المال، أو جميعه. كان ذلك القدر الواجب المأخوذ مطهرًا مزكيًا لمخرجه على كل حال.

وقولهم: إن النبي ﷺ قال في حديث أنس[1]: «فإذا بلغت خمسًا وعشرين ففيها بنت مخاض، إلى أن تبلغ خمسًا وثلاثين»[2]، فأوجب فيها وفيما زاد عليها إلى خمس وثلاثين بنت مخاض، وقوله عليه السلام: «في أربع وعشرين فما دونها الغنم»[3] فذكر النصاب والوقص.

فلا حجة لهم في شيء من ذلك لأنه عليه السلام إنما أراد [أن][4] ما زاد على خمس وعشرين إلى خمس وثلاثين لا يغير الفرض، وأن بنت مخاض مأخوذة عن خمس وعشرين فحسب.

وقوله عليه السلام: «في أربع وعشرين فما دونها الغنم»[5] حجة عليهم. لأنه عليه السلام فسره في قوله: «في كل خمس شاة»[6]. فلو كانت الزكاة تتعلق بالنصاب والوقص على ما زعموا. لكان في كل خمس من الإبل أقل من شاة وذلك لا يقوله أحد.

وكذلك يقال لهم في الخمس وعشرين من الإبل بنت مخاض. فإذا كانت بنت مخاض مأخوذة عن الخمس وعشرين، وما زاد عليها إلى خمس وثلاثين، فالمأخوذ عن خمس وعشرين أقل من بنت مخاض. وذلك خلاف كلام المصطفى عليه السلام.

وقولهم: ولأن الوجوب قد تعلق بمقدار معلوم، فإذا زاد ذلك المقدار

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تقدم تخريجه.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) تقدم تخريجه.

(6) هو جزء من حديث أنس، وقد تقدم تخريجه.

شيئًا[1]، تعلق الواجب به، وبالزائد عليه إلى آخر ما ذكروه. فكله غير لازم، لأن الحكم في هذه المواضع يتعلق بمطلق الاسم من غير اعتبار بما زاد عليه. وذلك أن المحرم يجب عليه الدم بحصول الحلاق من غير تفصيل بين قليل ذلك وكثيره، والسارق إذا سرق ربع دينار وجب عليه القطع، لأنه سرق الحد الذي أوجب اللّه فيه القطع؛ فإذا سرق أكثر من ربع دينار، فإن[2] تناوله يوجب القطع فيه، لقوله ﷺ: «القطع في ربع دينار فصاعدًا»[3].

وأما مسألة الموضحة، فإن الدية[4] تجب فيها لحصول الإيضاح من غير تفصيل بين قليل ذلك وكثيره لوقوع اسم الموضحة عليه، وليس كذلك الزكاة، لأن إيجاب الواجب فيها، يجب على ترتيب معلوم، فلذلك وجب أن [هـ 88] يتعلق الوجوب بالنصاب [جوزًا ما زاد عليه][5]. واللّه أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(1) في الأصل: شيء.

(2) في الأصل: قد، والظاهر أن الصواب ما أثبتناه.

(3) متفق عليه: أخرجه في كتاب المحاربين باب قول اللّه تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ ومسلم في الحدود باب حد السرقة، معًا عن عائشة رضي اللّه عنها.

(4) الدية: المال الذي يعطى ولي المقتول بدل نفسه، ن: القاموس الفقهي 376، وغريب المدونة 118، وحلية الفقهاء 196، والمغرب 479.

(5) هكذا في الأصل: ولا وجه لها ولعل صوابها: «لا ما زاد عليه»، أو «دون ما زاد عليه».

مسألة [85]:

[في الخلطة في الماشية هل لها تأثير في الزكاة؟ وكيف ذلك؟]

وللخلطة[1] في الماشية تأثير في الزكاة، وتأثيرها هو أن الخليطين يزكيان ماشيتهما زكاة المالك الواحد، إذا كان لكل واحد منهما نصاب كامل، ولا تأثير لها إذا كان لأحدهما دون النصاب، سواء كان في جميع المال نصاب أو دونه[2].

وقال أبو حنيفة: لا تأثير للخلطة في الزكاة جملة، قال: ويزكي كل واحد من الخليطين ماشيته، كما كان يزكيها على الانفراد[3].

وقال الشافعي: الخلطة مؤثرة في الزكاة، كان لكل واحد من الخليطين نصاب يجب فيه الزكاة، أو كان نصيب كل واحد منهما دون النصاب، إلا أن في مجموع ما لهما النصاب، وأنهما يزكيان ويرادان المفضل

---

(1) الخلطة لغة: الشركة، والخلطة في زكاة الماشية عند بعض العلماء: هي أن يجعل مال الرجلين أو الجماعة، كمال الرجل الواحد بشروط معينة. ن: القاموس الفقهي 119 وصفة الخلطة المؤثرة في زكاة الماشية عند المالكية خمس هي: الراعي، والفحل، والدلو، والمسرح، والمبيت. ن: التفريع 1 / 286، وليس توفرها جميعًا شرطًا عند الجميع. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 35، وعند البعض شرط سادس هو المراح، ن: الكافي 1 / 274.

(2) ن: التفريع 1 / 286، والتلقين 50، والكافي 1 / 274، والمنتقى 2 / 138، والبداية 1 / 444 - 446، والقوانين الفقهية 96، والفتح الرباني 1 / 152، وفيه تفصيل يحسن الاطلاع عليه.

(3) ن: المبسوط 1 / 153، وفيه: «وإن كانت السائمة بين رجلين لم يجب على كل واحد منهما في نصيبه من الزكاة إلا مثل ما يجب عليه في حال انفراده، حتى إن النصاب الواحد وهو خمس من الإبل إذا كان مشتركًا بين اثنين لا تجب فيه الزكاة عندنا..»، وقال في البدائع 2 / 29. ط2. 1974: «هذا الذي ذكرنا إذا كانت السوائم لواحد، فأما إذا كانت مشتركة بين اثنين فقد اختلف فيه، قال أصحابنا: إنه يعتبر في حال الشركة ما يعتبر في حال الانفراد، وهو كمال النصاب في حق كل واحد منهما، فإن كان نصيب كل واحد منهما يبلغ نصابًا تجب الزكاة وإلا فلا».

بينهما[1].

واحتج أصحاب أبي حنيفة بقوله ﷺ: «في أربعين شاة شاة»[2]، قالوا: وظاهر الحديث يوجب شاة واحدة، فحب[3] عن كل أربعين شاة نصف شاة، فذلك[4] خلاف ما أوجبه الرسول عليه السلام.

قالوا: والخلطة لا تغير حكم الزكاة. دليله: ما إذا خالط فيها مكاتبًا، أو ذميًا[5].

قالوا: ولأن الشاة لما كانت واحدة في الأربعين قبل الخلطة، وجب ألا تسقط الخلطة ما كان واجبًا فيها قبل حصولها.

قالوا: ولأن الخلطة لما لم تكن مؤثرة في زكاة الدنانير والدراهم، فكذلك لا تكون مؤثرة في زكاة الماشية.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «لا يفرق بين مجتمع، ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة، وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»[6]، وهذا حديث أجمع أهل النقل[7] على صحته[8]، فنهى ﷺ عن

---

(1) ن: الأم 2 / 15، والتنبيه 57، والوجيز 1 / 82 - 83، والمجموع 5 / 332 - 333، وانظر أيضًا: رؤوس المسائل للزمخشري 206 - 207.

(2) تقدم تخريجه في حديث أنس.

(3) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولعل صوابه: لا. ومثل هذا التصحيف على فظاعته غير مستغرب من الناسخ.

(4) في الأصل: وذلك.

(5) الذمي هو المعاهد الذي أعطي عهدًا يأمن به على ماله وعرضه ودينه. ن: القاموس الفقهي 138.

(6) أخرجه البخاري بلفظ قريب عن ابن عمر وأنس رضي اللّه عنهما في كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع: وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة من حديث طويل لأنس في كتاب أبي بكر له في الصدقات، وأخرجه من حديث ابن عمر ابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الغنم، وأخرجه الترمذي في أبواب الزكاة باب زكاة الإبل والغنم.

(7) في الأصل: البدل.

(8) تقدم أنه في صحيح البخاري مختصرًا وفي غيره من كتب السنن، كسنن أبي داود، =

الجمع بين مفترق، وعن التفريق بين مجتمع، وما ذلك إلا لتأثير الخلطة كما ذكرنا، لأنها[1] تارة تؤثر[2] بالتخفيف، وتارة تؤثر[3] بالتثقيل، فإذا لم يكن لها تأثير كما زعموا، فأي فائدة لنهيه عليه السلام عن الجمع والتفريق؟ وعلى أي فائدة يعود قوله عليه السلام: «وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»[4]؟ والخليطان هاهنا هما المزكيان.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «في أربعين شاة شاة»[5]، فلا حجة لهم فيه، لأنه عليه السلام، قال في هذا الحديث عقيب ما احتجوا به: «فإذا زادت على مائة وعشرين، ففيها شاتان»[6]، فعم ولم يخص أن يكون ذلك الملك للواحد أو لمالكين، فقد تقابل الظاهران، وليس لهم حمله على المالك الواحد، إلا ولنا حمل قوله عليه السلام: «في أربعين من الغنم شاة»[7] على المالك الواحد المنفرد.

وقولهم: فالخلطة لا تغير حكم الزكاة: دليله ما إذا خالط مكاتبًا أو ذميًا. غير لازم. لأنا إنما نوجب الخلطة بشروط مخصوصة، فأما مجرد الخلطة من غير أن تقترن[8] بها شرائطها المعلومة، فلا تكون[9] عندنا خلطة[10] مؤثرة في وجوب الزكاة. ألا ترى أن [من][11] شروط الزكاة الإسلام؟ وذلك

= والترمذي، وابن ماجة بلفظ المؤلف تقريبًا.

(1) في الأصل: لأنا.

(2) في الأصل: يؤثر.

(3) في الأصل: يؤثر.

(4) تقدم تخريجه قبل قليل.

(5) تقدم تخريجه من حديث أنس وابن عمر رضي الله عنهما.

(6) أخرجه ابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الغنم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(7) تقدم تخريجه.

(8) في الأصل: تفترق، وهو تصحيف ظاهر.

(9) في الأصل: تكن.

(10) في الأصل: بخلطة.

(11) تكملة يقتضيها السياق.

معدوم في الذمي، ومن شروطها الحرية[1]. وذلك معدوم في المكاتب.

وقولهم: إن الشاة لما كانت واجبة في أربعين شاة قبل[2] الخلطة، وجب ألا[3] تسقط الخلطة ما كان واجبًا فيها قبل حصولها. فهو مجرد دعوى. لأن الخلطة عندنا مؤثرة في التخفيف مرة، وفي التثقيل أخرى، فلا يجوز أن يقال: لما لم يكن لها تأثير (لم يكن لها)[4] [في][5] التخفيف في مبتدإ الإيجاب، لم يكن لها تأثير في التخفيف ولا في التثقيل فيما بعد ذلك.

وقولهم: ولأن الخلطة لما لم تؤثر في الدنانير والدراهم، فكذلك[6] لا تكون مؤثرة في زكاة الماشية فهو كلام فاسد. لأن صفة الخلطة المؤثرة لا توجد إلا في الماشية دون ما سواها.

وأما أصحاب الشافعي فاحتجوا[7] بقوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: 103]، فعم، وبقوله عليه السلام لمعاذ بن جبل[8]: «خذ الإبل من الإبل»[9]، وبقوله[10] عليه السلام: «في أربعين من الغنم شاة»[11]، ولم يخص المالك الواحد من المالكين، وبقوله عليه السلام: «لا يفرق بين مجتمع، ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة»[12]، فعم ولم يخص كون ملك

---

(1) في الأصل: الجزية وهو خطأ.

(2) في الأصل: فسبيل، والظاهر أنه تصحيف.

(3) في الأصل: لا.

(4) هكذا في الأصل، والظاهر أنه زائد.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: وذلك.

(7) في الأصل: احتجوا.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) أخرجه بلفظ قريب أبو داود في الزكاة باب صدقة الزرع. وابن ماجة في الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال.

(10) في الأصل: وفي قوله.

(11) تقدم تخريجه.

(12) تقدم تخريجه.

كل واحد منهما نصابًا أو دونه؛ قالوا: وقد أجمعنا نحن وإياكم أن هذا ورد في الخليطين. مع قوله عليه السلام: «وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية»[1] ولم يفرق بين أن يكون لكل واحد منهما نصاب، أو يكون في مجموع ماشيتهما نصاب ونصيب كل واحد منهما دون النصاب.

قالوا: ولأنه نصاب ملكه مالكان، لو انفرد به أحدهما لوجبت عليه فيه الزكاة، فجاز أن يجب عليهما حال الاشتراك. أصله الثمانون من الغنم تكون بين مالكين.

قالوا: ولأن قلة المؤونة تكثر معها الزكاة. دليله: وجوب العشر فيما يسقى سيحًا[2]، وتقل مع كثرة المؤونة، كوجوب نصف العشر فيما يسقى نضحًا.

قالوا: وقد ثبت بإجماع منا ومنكم أن افتراق الملك غير مؤثر [هـ 89] في إسقاط الزكاة، وكذلك افتراق الملاك. ألا ترى أن المالك الواحد لو كان له أربعون شاة في أربعين بلدة، لوجبت عليه فيها[3] الزكاة، وكذلك إذا كانت تلك الأربعون شاة لأربعين[4] رجلاً.

قالوا: ولأنه نصاب بين شخصين لو انفرد أحدهما بملكه، لوجبت عليه فيه الزكاة، فكذلك إذا كان بينهما.

وكذلك لو وقفت[5] عليهما[6] أرض فأخرجت خمسة أوسق[7]، فإن الزكاة تجب في ذلك، وإن لم يكن في نصيب كل واحد منهما على الانفراد ما يجب فيه الزكاة.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: سحا وهو خطأ.

(3) في الأصل: فيه.

(4) في الأصل: لأربعون.

(5) في الأصل: ربقت.

(6) في الأصل: عليها.

(7) الأوسق جمع وسق، وهو 60 صاعًا، والصاع أربعة أمداد يمده عليه السلام، ومده عليه السلام ملء الكفين غير مقبوضتين ولا مبسوطتين.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «فإن لم تبلغ سائمة[1] الرجل أربعين شاة، فليس فيها شيء»[2]، وقوله ﷺ، في صدقة الإبل: «ومن لم يكن عنده إلا أربع فليس فيها شيء»[3]. وهذا يفيد عموم الأحوال في الانفراد والاختلاط، وقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة»[4]، فوجب لذلك ألا تؤخذ الزكاة منه حتى يصير له خمس ذود.

ولأن ملك كل واحد منهما قاصر عن النصاب، فوجب ألا يجب عليه الزكاة. دليله: ما إذا كان منفردًا.

ولأن كمال النصاب حد ابتداء الوجوب، ولا يتصور عليه وجوب قبل ملكه للنصاب. يبينه أن الزكاة إذا وجبت قبل تمام النصاب سقط اعتبار النصاب. ولما أجمعنا على أن النصاب معتبر، دل ذلك على أن وجود النصاب كالعدم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: 103] فعم، وقوله لمعاذ بن جبل[5]: «خذ الإبل من الإبل»[6]، وقوله: «في أربعين من الغنم شاة»[7]، ولم يخص المالك الواحد من المالكين، فمعنى ذلك كله إذا كان ذلك المالك واحدًا[8].

واحتجاجهم بقوله عليه السلام: «لا يفرق بين مجتمع، ولا يجمع بين متفرق»[9]، فإن ذلك عام في النصاب فما دونه، فلا حجة لهم فيه. لأن هذا الحديث وإن كان عامًا، فإنه مخصوص بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمس ذود

---

(1) السائمة: هي المكتفية بالرعي في أكثر الحول. ن: التعريفات 116.
(2) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة عن علي رضي الله عنه.
(3) لم أقف عليه.
(4) تقدم تخريجه.
(5) تقدمت ترجمته.
(6) تقدم تخريجه.
(7) تقدم تخريجه.
(8) في الأصل: واحد.
(9) تقدم تخريجه.

من الإبل صدقة»[1]، وهذا نفي عام متيقن متحقق، فهو على عمومه في المالك الواحد والجماعة الملاك في الخلطة، فلا ينتقل عن هذا الأصل المتيقن المتحقق بشيء محتمل.

وقوله عليه السلام: «وما كان من خليطين، فإنهما يترجعان بينهما بالسوية»[2] معناه: إذا كان لكل واحد منهما أقل من نصاب [وإلا][3] لأدى ذلك إلى أن تجعل الزكاة على من يملك جزءًا من أجزاء شاة، فيؤدي ذلك إلى أخذ الزكاة من الفقير الذي يجب علينا إعطاؤها له.

وقولهم: ولأنه نصاب ملكهُ مالكان، لو انفرد به أحدهما، لوجبت عليه فيه الزكاة، فجاز أن تجب عليه[4] فيه حال الاشتراك. أصله: الثمانون من الغنم تكون بين مالكين. غير صحيح. لأن صاحبي[5] الثمانين، لو انفرد كل واحد منهما بحصته للزمته[6] فيها[7] الزكاة، وليس كذلك الأربعون شاة تكون بين اثنين، لأن كل واحد منهما لو انفرد بحصته، لم يجب عليه فيها زكاة بإجماع.

وقولهم: ولأن قلة المؤونة، تكثر معها الزكاة، دليله وجوب العشر فيما سقي سيحًا، وتقل مع كثرة المؤونة، كوجوب نصف العشر فيما سقي نضحًا. فجميعه شاهد لنا. لأن الزكاة لا تجب في شيء من ذلك، حتى يكون فيه نصاب كامل. وهذا أشبه بالأصول [من قبل أنا لو رجعنا على الخليطين إذا كان لكل واحد][8].

وقولهم: وقد ثبت بإجماع منا ومنكم أن افتراق الأملاك غير مؤثر في

---

(1) تقدم تخريجه.
(2) تقدم تخريجه.
(3) تكملة يقتضيها السياق.
(4) في الأصل: عليها.
(5) في الأصل: صاحب.
(6) في الأصل: لزمته.
(7) في الأصل: فيه.
(8) ما بين القوسين غير متجه ولم أهتد إلى إقامته.

سقوط الزكاة، فكذلك افتراق الملاك إلى آخر ما ذكروه من هذا الاحتجاج. فكلام غير صحيح. لأن من له أربعون شاة في عدة مواضع، لا يقال: إن الملك فيها مفترق بافتراق أماكنها. ولأن المملوك إذا[1] افترق وهو دون النصاب، لم يجب فيه زكاة. فكذلك الملاك إذا اجتمعوا، ولكل واحد منهم دون النصاب، فلا زكاة عليهم.

وقولهم[2]: ولأنه نصاب بين شخصين، لو انفرد بملكه أحدهما، لوجب عليه فيه الزكاة، فكذلك إذا كان بينهما. أصله: ما لو وُقفت عليهما أرض، فأخرجت خمسة أوسق، فإن الزكاة تجب في ذلك وإن لم يكن في نصيب كل واحد منهما على الانفراد ما تجب فيه الزكاة. فالجواب عنه: أنه كلام غير مسلم. لأن ذلك الوقف إن كان غير محرم، فهو على ملك ربه الذي وقفه عليه فيه دون من حبس عليه الأرض، وإن [كان][3] وقفًا محرمًا على الفقراء والمساكين، فهم لا يستحقونه إلا بالجذاذ[4] بعد تقرر حكم الزكاة فيه. فبطل جميع ما قالوه.

* * *

---

(1) في الأصل: أي.

(2) في الأصل: وقوله.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) الجذاذ: القطع، وأوان الجذاذ في التمر: زمان صرام النخل وهو قطع ثمرها وأخذها من الشجر. ن: القاموس الفقهي.

مسألة [86]:

[في حول أولاد الماشية هل هو حول أمهاتها أم لا]

حول أولاد الماشية حول الأمهات، كانت الأمهات نصابًا [هـ 90] أو دونه إذا كمل بالأولاد نصاب[1]، ويزكى جميع ذلك بحول الأمهات[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: يستأنف بالجميع[3] حول من يوم كمل النصاب بالأولاد[4].

واحتج أصحابهما بقوله ﷺ: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»[5]. قالوا: وهذه السخال لم يحل عليها الحول.

---

(1) في الأصل: نصابًا، وهو خطأ.

(2) ن: التفريع 1 / 284 - 285، ورؤوس المسائل لابن القصار 33، والتلقين 1 / 49، والإشراف 1 / 161، والكافي 1 / 272، والمنتقى 2 / 143، والبداية 1 / 443، والقوانين الفقهية 96.

(3) في الأصل: الجميع.

(4) ن: المجموع 5 / 373 - 374، وفيه أن النتاج يضم إلى الأمهات في الحول بشرطين: أحدهما أن يحدث قبل تمام الحول، والثاني أن يحدث بعد بلوغ الأمات نصابًا، فلو ملك دون نصاب فتوالدت فبلغه، ابتدأ الحول من حين بلغه. قال: وهذا لا خلاف فيه». وقال في: رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 97، «وإذا ملك عشرين من الغنم، فتوالدت عشرين سخلة، قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في المشهور عنه: يستأنف الحول من يوم كملن بهن نصابًا، وقال مالك وأحمد في روايته الأخرى: إذا حال الحول من يوم ملك الأمهات، وجبت الزكاة».

وانظر: الإشراف 1 / 161، والمنتقى 2 / 143، والبداية 1 / 443، وفيها: «وقال الشافعي وأبو حنيفة، وأبو ثور: لا يعتد بالسخال إلا أن يكون الأمهات نصابًا».

(5) أخرجه ابن ماجة في الزكاة، باب من استفاد مالاً، والدارقطني في الزكاة باب وجوب الزكاة بالحول، والبيهقي في الزكاة باب لا زكاة في مال حيث يحول عليه الحول. وقال: وحارثة لا يحتج بخبره، والاعتماد في ذلك على الآثار الصحيحة فيه عن أبي بكر الصديق، وعثمان ابن عفان، وعبد الله بن عمرو وغيرهم رضي الله عنهم، وانظر: التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 90، لمعرفة درجته.

ولأنها زيادة كمل بها النصاب في نوع من الحيوان، فوجب أن يكون حولها من يوم كمل النصاب. أصلها: إذا كمل النصاب بشراء أو هبة[1] أو صدقة[2] أو ميراث وقولهم: في نوع من الحيوان احتراز من الركاز وغيره.

قالوا: ولأن السخال من الأموال التي لا تجب فيها الزكاة إلا بالحول، وحولها تارة يعتبر[3] بنفسها، وتارة يعتبر بغيرها، فلا يجوز أن تتبع[4] غيرها في الحول، ولا حول لذلك[5] الغير.

ولأن الأولاد إنما يتبعون الأمهات في الحكم، إذا كان الحكم ثابتًا[6] للأمهات[7] حين الولادة، فأما إذا لم يكن ثابتًا لها حين الولادة، فلا تبعية للأولاد مع الأمهات. ألا ترى أن ولد المكاتبة، إنما يتبعها إذا كانت مكاتبة حين الولادة؟ وكذلك ولد المُدَبَّرة[8]، وولد أم الولد[9].

ولأن الأمة إذا ولدت ولدًا، وليس فيها عقد كتابة، ولا تدبير، ولا إيلاد من سيدها، فولدها لا يتبعها [كوتبت أو دبرت أو ولدت من سيدها][10] فكذلك السخال.

---

(1) الهبة لغة التبرع، وشرعًا تمليك العين بلا عوض. ن: التعريفات 256، والطلبة 221، وتهذيب الأسماء واللغات 196، والمغرب 496، والأنيس 255، والقاموس الفقهي 390.

(2) الصدقة هي العطية يبتغى بها المثوبة من الله تعالى. ن: التعريفات 132، وحلية الفقهاء 96، والأنيس 134، والقاموس الفقهي 209.

(3) في الأصل: يتعبر.

(4) في الأصل: تبيع.

(5) في الأصل: الذكر.

(6) في الأصل: ثابت.

(7) في الأصل: الأمهات.

(8) المدبرة مؤنث المدبر، وهي التي تكون حرة عن دبر مولاها أي عن إدباره عن الدنيا بموته. ن: غريب المدونة 107، والمغرب 160، وتهذيب الأسماء واللغات 103، والتعريفات 54، والأنيس 169، والقاموس الفقهي 128.

(9) أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه، وعند المالكية هي التي حملت من سيدها الحر، ن: القاموس الفقهي 25.

(10) جملة سقط من آخرها شيء فيما يبدو، فاضطرب لذلك معناها.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «في أربعين من الغنم شاة»[1] واسم الغنم يقع على الصغار والكبار، وقول عمر رضي اللّه عنه للذي يقبض الصدقة: تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا يأخذها»[2]، ولم يفرق بين أن تكون متولدة من نصاب أو دونه.

وقد روى عاصم[3] عن ضمرة عن **علي** رضي اللّه عنه، أن النبي ﷺ أنه قال: «ليس فيما دون خمس من الإبل صدقة، ولا تؤخذ هرمة، وتعد صغارها وكبارها»[4] فعم ولم يخص.

ولأنه نتاج حادث عن حيوان يجب في عينه الزكاة، فكان [كأن][5] لم يزل موجودًا مع الأمهات من أول الحول حكمًا، فوجب أن يجب فيه الزكاة. دليله: النماء الحادث في عروض التجارة على ما سيأتي بيانه بعد إن شاء اللّه، وهذا لا يمكنهم دفعه جملة.

ولأن من أصل مذهب الشفعوية أن الخليطين إذا كان لهما أربعون[6] شاة، فإن الزكاة عليهما[7] واجبة، فقد جعلوا[8] لكل عشرين شاة منها[9] حولاً، إما بنفسها أو بالعشرين الأخرى، وكل عشرين شاة منها دون النصاب، وهذا نفس ما اعترضوا به علينا في السخال مع الأمهات إذا كانت الأمهات دون النصاب.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) أخرجه مالك في ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة من كتاب الزكاة، وفيه: «ولا تأخذها» لا: «ولا يأخذها» كما لدى المؤلف رحمه اللّه. ولعله الصواب واللّه أعلم.

(3) تقدمت ترجمته. وهو عاصم بن ضمرة، لا عاصم عن ضمرة كما هنا.

(4) جزء من حديث طويل أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة، ولم يذكر فيه: «وتعد صغارها وكبارها» ولا «وليس فيما دون خمس من الإبل صدقة».

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: أربعين.

(7) في الأصل: عليها.

(8) في الأصل: جعلنا.

(9) هذه الكلمة واقعة بعد: «حولاً» في الأصل.

ولأنه لو كان لرجل مائة درهم، قد مضى لها عنده حول[1] إلا يومًا، ثم أخذ من معدن مائة درهم أخرى، فإنه يضمها إلى المائة الأولى، ويزكي ـ عندهم ـ على المائتين جميعًا، فبطل هذا وما قبله مما اعترضوا به علينا.

ولأنا أجمعنا نحن وإياهم على أن رجلاً لو ابتاع سلعة بمائة درهم، وهي تساوي وقت ابتياعها مائتي درهم، ثم باعها بعد الحول بمائتين، فإن الزكاة تجب عليه في ثمنها، وإنما وجبت الزكاة في ذلك، لأنه نماء حادث عن مال يجب في جنسه الزكاة، فكان حكمه حكم أصله.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»[2] فلا حجة لهم فيه، لأنه خبر عام، وهو معارض بقوله عليه السلام: «ولا تؤخذ هرمة، وتعد عليهم سخالها[3] وكبارها»، ومعارض بقول عمر: «تعد [عليهم][4] بالسخلة، يحملها الراعي ولا يأخذها»[5]، ومرجح عليهم أيضًا بما قدمنا من القياس الجلي[6].

فإن قالوا: إن الأمهات لا حول بها أصلاً لقصورها عن النصاب، قيل لهم: وكذلك الأربعون شاة تكون بين خليطين، كل عشرين شاة منها لا حول لها[7] أصلاً، فانظروا[8] ما عذركم[9] عن هذا فهو نفس عذرنا عما ألزمتمونا.

وقولهم: ولأنها زيادة كمل بها النصاب[10] بشراء، أو هبة، أو صدقة،

---

(1) في الأصل: حولاً.

(2) تقدم تخريجه.

(3) فيما تقدم: «صغارها» بدل «سخالها» هنا.

(4) تكملة يقتضيها السياق ويدل عليها ما قبلها في حديث عمر رضي الله عنه.

(5) تقدم تخريجه.

(6) القياس الجلي: هو قياس العلة، وما قطع فيه بنفي الفارق، وما تبادرت علته إلى الفهم عند سماع الحكم. ن: لغة الفقهاء 372.

(7) تقدم تخريجه.

(8) في الأصل: فانظروا.

(9) في الأصل: عندكم.

(10) ليس هكذا احتجاج المخالفين في أول المسألة، بل فيه ابتداء من هنا: «في نوع من الحيوان،=

أو ميراث. فهو فاسد على أصلهم لأن[1] الزيادة عندهم لا تضم إلى الأصل سواء كان الأصل نصابًا أو دونه.

وقولهم: فلا يجوز أن تتبع غيرها في الحول، إذ لا حول[2] لذلك الغير. فالجواب عنه ما تقدم، وهو أن الحول معتبر في الأصل حكمًا وإن لم يكن في الأمهات نصاب [هـ 91]، لأن الولادة[3]. كما قالوا ـ هم ـ في الخليطين يكون بينهما أربعون شاة، وهي أيضًا الجواب عن قولهم: ولأن الأولاد إنما يتبعون الأمهات في الحكم إذا كان الحكم ثابتًا في الأمهات حين الولادة.

وأما ما تعلقوا به من فصل ولد المكاتبة والمدبرة وأم الولد. فليس ذلك مما يتعلق بشيء من مسألتنا، فلا يشبهها، وإنما هو من باب أن كل ذات رحم فإنْ ولدها يتبعها في الحرية[4] والرق، ويتبع أباه في الدين.

* * *

= فوجب أن يكون حولها من يوم كمل النصاب، أصلها: إذا كمل النصاب»، ولعله قد سقط من الناسخ كعادته.

(1) في الأصل: ولأن.

(2) في الأصل: لحول.

(3) لعل هنا كلمة سقطت من الناسخ يحتمل أنها: معتبرة، أو أصل.

(4) في الأصل: الجزية وهو خطأ.

مسألة [87]:

[في السخال والعجاجيل والفِصْلان والمريضة وذوات العُوار هل تعد في الزكاة وهل يؤخذ منها شيء]

تعد السخال، والعجاجيل[1]، والفصلان[2]، والمريضة، وذوات العوار[3]، على أرباب الماشية، ولا يأخذ المصدق[4] منها شيئًا، ويكلف ربها أن يأتي بالسن[5] الواجب عليه، وكذلك إذا كانتا سخالاً كلها، أو عجاجيل كلها، أو فصلانًا كلها، أو مراضًا كلها، كلف ربها أن يأتي بالسن الواجب عليه[6].

وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا كانت صغارًا كلها، أو مراضًا أو معيبة. أخذ المصدق منها، ولم يكلف ربها أن يأتي بغيرها[7].

وقال أبو حنيفة: إنما تؤخذ الزكاة من السخال إذا بقي من الأمهات ولو واحدة، فأما إذا لم يبق من الأمهات شيء، فلا زكاة في السخال، لأنها من حمل حدث [في][8] بعض الحول[9].

---

(1) العجاجيل جمع عجول وهم أولاد البقر. ن: المغرب 304.

(2) الفِصْلان جمع فصيل وهو ولد الناقة أو البقرة بعد فطامه وفصله عن أمه. ن: القاموس الفقهي 287، والمغرب 361، وغريب المدونة 71.

(3) أي اللواتي بهن عيب، أو بهن حس في إحدى العينين. القاموس الفقهي 267.

(4) المصدق: عامل الزكاة الذي يستوفيها من أربابها. ن: القاموس الفقهي 210.

(5) السن: العمر، والجمع أسنان، والسن الواجب أي ذات العمر الواجب كالتبيع في البقر، وبنت مخاض في الإبل. ن: القاموس الفقهي 183.

(6) ن: التفريع 1 / 285، ورؤوس المسائل لابن القصار 33، والكافي 1 / 273، والإشراف 1 / 161، والمنتقى 1 / 143، والبداية 1 / 441.

(7) ن: التنبيه 57، والوجيز 1 / 82، والمجموع 5 / 418 - 425 وفيه تفصيل يجب الرجوع إليه، والاطلاع عليه، وانظر أيضًا: فتح العزيز مع المجموع 5 / 369 - 371 و378 - 384.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) ن: المبسوط 2 / 170 و172، وقال في البدائع 2 / 31، «فإن كانت كلها صغارًا فصلانًا أو=

واحتج أصحابهما بقوله ﷺ لمعاذ بن جبل[1]: «إياك وكرائم أموال الناس»[2]، وقوله عليه السلام: «خذ الإبل من الإبل، والشاة من الغنم»[3]، فعم ولم يخص.

قالوا: ولأن الزكاة موضوعة على العدل بين الفقراء وأرباب الماشية [ ][4] لأموال. وكما لو كانت إبله صحاحًا كلها لم يجز للمصدق أن يأخذ منه مريضة. لأن في ذلك إضرارًا بالفقراء والمساكين، فكذلك إذا كانت مراضًا كلها. لم يكلف رب المال أن يأتي بصحيحة لأن في ذلك إضرارًا به.

قالوا: ولأن الزكاة مبينة على التخفيف، وعلى أخذ القليل من الكثير، فلو أوجبنا في أربعين سخلة من الغنم شاة كبيرة، وفي خمس من الإبل مراض شاة صحيحة، لاستغرق ذلك المال أو أكثره، وفي[5] ذلك كثير ضرر على أرباب الأموال.

قالوا: ولأن الزكاة إنما تجب في المال[6] من جنس ذلك المال، بدليل أن التمر والزبيب وسائر الحبوب إنما تؤخذ زكاتها منها، وسوى كان ذلك

= حملانًا أو عجاجيل، فلا زكاة فيها، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وكان أبو حنيفة يقول أولاً يجب فيها ما يجب في الكبار، وبه أخذ زفر ومالك، ثم رجع وقال يجب فيها واحدة منها، وبه أخذ أبو يوسف والشافعي، ثم رجع وقال: لا يجب فيها شيء، ثم استقر عليه، وبه أخذ محمد، واختلفت الرواية عن أبي يوسف في زكاة الفصلان. في رواية قال: لا زكاة فيها حتى تبلغ عددًا لو كانت كبارًا تجب فيها واحدة منها وهو خمسة وعشرون، وفي رواية قال: في الخمس خمس فصيل، وفي العشر خمسا الفصيل، وفي خمسة عشر منها، ثلاثة أخماس فصيل، وفي عشرين أربعة أخماس فصيل، وفي خمسة وعشرين واحدة منها...».

(1) تقدمت ترجمته.

(2) جزء من حديث أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب لا تؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة، وباب أخذ الصدقة من الأغنياء وترد في الفقراء حيث كانوا وأبو داود في كتاب الزكاة باب زكاة السائمة، كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(3) تقدم تخريجه.

(4) هنا كلمة غير واضحة المعنى والأحرف صورتها الماء، لم أهتد إلى إقامتها.

(5) في الأصل: في.

(6) هكذا في الأصل: ولعل الصواب: مال.

رديئًا أو جيدًا، ولا يكلف ربه الإتيان بغيره، فوجب أن يكون كذلك ما اختلفنا فيه.

قالوا: ولأن السخال حيوان يجب فيه الزكاة متحدًا[1] مع جنسه، ويثبت فيه فرض الزكاة إذا انفرد، فيجب أن يجزئ الفرض إذا أخذ منه. دليله: الكبار.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه: الزهري[2] عن سالم[3] ابن عبد اللّه عن أبيه[4]. قال كتب رسول اللّه ﷺ كتاب الصدقة، فلم يخرجه[5] إلى عماله حتى قبض عليه السلام، وفيه: «ولا تؤخذ في الصدقة هرمة، ولا ذات عيب»[6]، وأن عمر رضي اللّه عنه بعث عثمان[7] الثقفي مصدقًا، فكان يعد على الناس بالسخال، فقالوا له: تعد علينا بالسخال، ولا تأخذ منها شيئًا، فلما قدم على عمر ذكر له ذلك، فقال له عمر: «نعم تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعي ولا يأخذها، ولا تأخذ الأكولة[8]، ولا الرُّبَّى[9]، ولا

---

(1) في الأصل: وبعد.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) هو سالم بن عبد اللّه بن عمر بن الخطاب العدوي المدني الفقيه أحد السبعة. خرج له الستة، وروى عن أبيه وأبي هريرة ورافع بن خديج وعائشة، وعنه ابنه أبو بكر، وعبيد اللّه بن عمر ابن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب، وحنظلة بن أبي سفيان. قال البخاري لم يسمع من عائشة. مات سنة 106هـ على الأصح. ن: الخلاصة 131، وطبقات الحفاظ 40، وطبقات الشيرازي 62.

(4) هو عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما وقد تقدمت ترجمته.

(5) في الأصل: يخرجها.

(6) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة.

(7) كثيرون يسمون بهذا الاسم، ولعل الأشبه أن يكون هو المراد، هو:

أبو عبد اللّه عثمان بن أبي العاص الثقفي، عامل الطائف والبحرين وعمان، خرج له مسلم والأربعة روى عنه ابن المسيب ونافع بن جبير وابن سيرين وموسى بن طلحة. قال الحسن البصري: ما رأيت أحدًا أفضل منه. مات سنة 51هـ. ن: الخلاصة 260.

(8) الأكولة: شاة تعزل للأكل، وقيل التي تتسمن للأكل. ن: الطلبة 41، والموطأ 177.

(9) الرُّبَّى: قيل التي تربي ولدها، وقيل التي وضعت حديثًا أي قريبة العهد بالولادة، وقيل التي=

الماخض[1]، ولا فحل الغنم، وخذ الجدعة[2] والثنية[3] وذلك عدل[4] بين غِذَاء[5] المال وخياره»[6].

وأما من جهة المعنى، فإن الزكاة موضوعة على العدل بين الفقراء وأرباب الأموال، فلما كنا لا نأخذ من الإبل إذا كانت كلها حوامل أو كلها لوابن[7]، بل نكلف ربها أن يأتي بالسن الواجب الوسط، فكذلك إذا كانت صغارًا كلها، أو معيبة كلها، أو مراضًا كلها، كلف ربها أن يأتي بالسن الواجب عليه، لأن المريضة والصغيرة إذا أخذت منه، كان في أخذها إضرار[8] بالفقراء والمساكين، كما إذا كانت كرائم[9] كلها، فلا يؤخذ منها. لأن الأخذ منها إضرار[10] برب المال.

والجواب عما قال أبو حنيفة: في السخال إذا ماتت الأمهات: هو أن

= تحبس في البيت للبن. ن: الطلبة 41، والموطأ 177.

(1) الماخض: قيل التي في بطنها ولد، وقيل كل حامل ضربها الطلق، وقيل الحامل إذا ضربها الطلق. ن: الطلبة 41، والموطأ 177.

(2) الجدعة من الإبل: هي التي استكملت أربعًا ودخلت في الخامسة. ومن الغنم ما مضى عليها أكثر السنة. ن: الطلبة 40.

(3) الثنية من الإبل، مؤنث الثني وهو ما دخل في السنة السادسة، وهو الذي ألقى ثنيته، ومن الغنم ما دخل في السنة الثانية. ن: الطلبة 40.

(4) عدل وسط.

(5) الغِذَاء: صغار السخال، واحده غذي. ن: اللسان / غَذْي والمراد بقوله عليه السلام: «وذلك عدل بين غذاء المال وخياره»: أنه وسط بين رديء المال وجيده.

(6) أخرجه مالك في الموطأ في: ما جاء فيما يعتد به من السخل في الصدقة من كتاب الزكاة، وفيه أن الذي بعثه عمر بن الخطاب مصدقًا هو سفيان بن عبد الله، وليس عثمان الثقفي كما ذكر المؤلف ويحتمل أن طريق رواية الموطأ غير طريق رواية المؤلف والله أعلم.

(7) أي ذات لبن.

(8) في الأصل: أضرارًا.

(9) كرائم: خيار.

(10) في الأصل: أضرارًا.

السخال إذا مات بعضها أو بعض الأمهات، ولم ينقص الباقي عن النصاب، لم تسقط الزكاة بغير خلاف بيننا وبينه، فكذلك إذا ماتت الأمهات وبقيت السخال. أصله: إذا بقي من الأمهات واحدة، لأن كل فرع إذا حكم له بحكم أصل، فبطل ذلك الأصل بموت أو تلف، فإن حكم ذلك الفرع لا يبطل بهلاك[1] ذلك الأصل. أصله: أم الولد إذا ماتت أمه قبل السيد، فإن ما ثبت له من الحكم لا يبطل بموت أمه، فالتعليل[2] بتلف الأصل غير مؤثر.

فإذا ثبت هذا، فاحتجاجهم بقوله عليه السلام لمعاذ بن جبل[3]: «إياك وكرائم أموال الناس»[4]. لا حجة لهم فيه. إنا كذلك نقول: إن أخذ الكرائم في الصدقة ممنوع، إلا أن يتطوع ربها بدفعها، وإذا كان ذلك كذلك، وكان في المال رديء وجيد، كلف ربه السن الوسط، ولا يأخذ المصدق الكريمة، فيضر برب المال، ولا يأخذ الدنيئة، فيضر بالفقراء. وهذا بين لا إشكال فيه إن شاء اللّه.

أما قوله عليه السلام لمعاذ[5]: «خذ الإبل من الإبل، والشاة من الغنم»[6]. فهو حجة لنا لأنه عليه السلام قال: «والشاة من الغنم»[7]. ظاهره يوجب أن يأخذ عن أربعين سخلة شاة.

وقولهم إن الزكاة موضوعة على[8] العدل، مع قولهم: فإن ذلك يؤدي إلى استغراق المال أو أكثره. فليس لهم فيه حجة، لأن الزكاة تارة تثقل، وتارة تخف، فإن ثقلت في موضع فهي مخففة في موضع آخر. ألا ترى أن الإبل إذا

---

(1) في الأصل: يملك.
(2) في الأصل: والتعليل.
(3) تقدمت ترجمته.
(4) تقدم تخريجه.
(5) تقدمت ترجمته.
(6) تقدم تخريجه.
(7) تقدم تخريجه.
(8) في الأصل: عن.

كانت كلها لوابن أو حوامل، فإن الصدقة فيها مخففة [هـ 92]، لأن المصدق لا يأخذ منها، وإنما يأخذ من السن الواجب الوسط.

وقولهم: لما لم يكلف أن يخرج عن الصحاح مريضة، لأن في ذلك إضرارًا بالمساكين، فكذلك، لا يكلف أن يأتي عن المراض صحيحة. لأن في ذلك إضرارًا[1] بأرباب المواشي. فهو باطل، لأنا[2] إنما لم نكلفه أن يخرج عن الصحاح مريضة، لوجود السن الوسط الواجب عليه الذي هو عدل بين الفقراء وأرباب المواشي، فيجب ألا يختلف باختلاف أحوال المال.

واعتبارهم زكاة الماشية بزكاة التمر، وسائر الحبوب، اعتبار باطل من وجهين:

أحدهما: أنا نحن وإياهم مجمعون على التفرقة بين زكاة المواشي والثمار، لأن الإبل إذا كانت كلها كرائم، لم يأخذ المصدق منها شيئًا، وإنما يأخذ السن الوسط، ويأخذ عندنا وعندهم [في][3] زكاة التمر الجيد منه والرديء. فبان الفرق، واتضح الصواب.

والوجه الثاني: هو أن المواشي لا تحتاج إلى حمل، وليس كذلك التمر والحبوب، إذ لا بد فيها من حمل، فالجيد والرديء فيها بمثابة واحدة، فإذا أخذ السخلة والمريضة احتاج إلى حملها، وتكلف مؤونة ثقلها، وذلك ما لا يكون غالبًا إلا بعوض، وقد تستغرق الأجرة على حملها ثمنها أو أكثر، وفي ذلك إضرار[4] بالمساكين والفقراء[5] لا محالة.

واعتبارهم الصغار بالكبار باطل من وجهين:

أحدهما: أن أخذ الكبار جائز على كل حال عندنا وعندهم، وليس كذلك الصغار عندنا.

---

(1) في الأصل: أضرار.
(2) في الأصل: كأنها مضروبة.
(3) تكملة يقتضيها السياق.
(4) في الأصل: أضرارًا.
(5) في الأصل: بالفقراء.

والآخر أن في أخذ الصغار إضرارًا[1] بالفقراء[2] والمساكين، إذ يتكلفون[3] حملها بخراج عليها على حسب ما تقدم من الشرح. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: أضرار.

(2) في الأصل: على الفقراء.

(3) في الأصل: يتكلف.

مسألة [88]:

[في إخراج القيمة هل يجوز في شيء من الزكوات أم لا؟]

لا يجوز إخراج القيمة في شيء من الزكوات، وإنما يجب إخراج العين المنصوص عليها[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز إخراج غير المنصوص عليه بطريق القيمة[3].

واحتج أصحابه بحديث معاذ بن جبل[4] أنه كان يقول لأهل اليمن: «إيتوني بحملين أو لبيس آخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أنفع للمهاجرين والأنصار، وأهون عليكم»[5]، وقد علم أن الزكاة لا تجوز في الثياب، فثبت

---

(1) ن: الإشراف 1 / 169 - 170، وقال في الكافي 1 / 281: «ولا يجزئ فيها (أي زكاة الفطر)، ولا في غيرها من الزكاة القيمة عند أهل المدينة، وهو الصحيح عن مالك، وأكثر أصحابه، وقد روي عنه وعن طائفة من أصحابه أنه تجزئ القيمة عمن أخرجها في زكاة الفطر قياسًا على جواز فعل الساعي إذا أخذ عن السن غيرها، أو بدل العين منها»، ثم قال: «والأول هو المشهور في مذهب مالك وأهل المدينة»، وانظر أيضًا: البداية 452.

(2) قال في المجموع 5 / 428 - 429: «اتفقت نصوص الشافعي رضي اللّه عنه أنه لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة، وبه قطع المصنف وجماهير الأصحاب، وفيه وجه أن القيمة تجزئ. . وهو شاذ باطل». ثم قال: «وبه قال مالك وأحمد وداود».

(3) ن: القدوري 21، وقال في المبسوط 2 / 156: «إن أداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكاة والصدقات والعشور والكفارات جائز عندنا خلافًا للشافعي». وانظر أيضًا: رؤوس المسائل للزمخشري 210 - 211، وطريقة الخلاف 60 - 61، والبدائع 2 / 63، و41، و73، وإيثار الإنصاف 67 وفيه: «يجوز دفع القيم في الزكاة وهو قول عمر، وابن عمر، وابن مسعود، وابن عباس. وقال مالك والشافعي: لا يجوز. وعند أحمد كالمذهبين. وعلى هذا الخلاف، العشر، والخراج، وصدقة الفطر، والنذور، والكفارات. . . » وانظر: الغرة المنيفة 51.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) أخرجه الدارقطني في الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة بألفاظ متقاربة، والبيهقي في الزكاة باب من أجاز أخذ القيم في الزكوات.

اللبيس: الثوب الذي كثر لبسه. ن: اللسان / لبس.

أنه ما أخذها إلا على وجه القيمة.

وقال ﷺ في صدقة الفطر: «أغنوهم عن طواف هذا اليوم»[1]، ومعناه: ما يحصل به الغني عن الطلب في ذلك اليوم.

قالوا: ولأنه لما جاز إخراج القيمة في زكاة التجارة، فكذلك يخرج القيمة في زكاة المواشي وغيرها.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ في زكاة الإبل: «فإذا بلغت خمسًا وعشرين ففيها بنت مخاض، فإن لم يكن فابن لبون ذكر»[2]، فأمر ﷺ بأخذ ابن لبون عند عدم بنت مخاض، من غير تعرض لذكر القيمة، مع علمه عليه السلام باختلاف قيمة بنت مخاض، وقيمة ابن لبون عند اختلاف الأزمنة والأمكنة. فدل هذا على أن اعتبار القيمة ساقط.

ولأنه عليه السلام أجاز أخذ ابن لبون عند عدم بنت مخاض على الإطلاق، وعندهم لا يجوز أخذه إلا إذا كانت قيمته مثل قيمة بنت مخاض، وهو شيء نفيه[3] لا يفيد؛ إذ لا[4] يعضده نظر، ولا يشده دليل.

ولأن من أصل مذهبهم: أن تقييد المطلق زيادة، والزيادة على النص نسخ[5]، وقوله عليه السلام لمعاذ حين وجهه إلى اليمن: «خذ الحب من الحب، وخذ الغنم من الغنم والبقر من البقر، والإبل من الإبل»[6] فنص على

---

(1) أخرجه الدارقطني في كتاب زكاة الفطر، بلفظ قريب هذا نصه من حديث ابن عمر: «فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفظر، وقال: «أغنوهم في هذا اليوم».
وقال في نصب الراية 2 / 432: ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بأبي معشر نجيح (رجل في سنده)، ولفظه: وقال: «أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم»، وأسند تضعيف أبي معشر عن البخاري والنسائي وابن معين، ومشاه هو، وقال: مع ضعفه يكتب حديثه».

(2) تقدم تخريجه.

(3) في الأصل: بغية، وهو تصحيف.

(4) في الأصل: إلا.

(5) النسخ رفع الحكم الأول بنص شرعي متأخر. ن: لغة الفقهاء 479، والحدود 49، والتعريفات 240.

(6) أخرجه بلفظ قريب الدارقطني في الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة عن معاذ، وأخرجه=

ما يجب أخذه من كل جنس، فمتى أخذ غيره لم يجز، وقوله عليه السلام: «في أربعين من الغنم شاة، وفي خمس ذود من الإبل شاة»[1]، فلا يجوز العدول عن هذا النص إلى أخذ القيمة إلا بدليل، وفي أخذ القيمة تعطيل[2] للنص لا محالة.

ولأنه عليه السلام فرض زكاة الفطر من رمضان صاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من زبيب[3]، فعين الواجب من ذلك. والتعين يفيد الانحتام، وإلا لم يكن لذكر هذه المسميات معنى.

ولأن الزكاة حق يخرج على وجه الطهرة[4]، فوجب ألا يجزئ فيها القيمة. أصله: الرقبة في الكفارات، لأنه [لو][5] تصدق بقيمتها على الفقراء والمساكين، لم يجزئه ذلك بإجماع.

ولأنه حق وجب في مال مسلم، لا يسقط عنه بالعفو عنه والإبراء[6] منه، فلم يجز إخراج القيمة عنه اعتبارًا بالهدايا.

ولأن القيمة عوض عن واجب منصوص عليه في الزكاة، فوجب ألا يجزئ. أصله: ما لو أخرج[7] عنها خدمة عبد، أو سكنى دار، فإن ذلك

= أبو داود في الزكاة باب صدقة التطوع، وابن ماجة في الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال.

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: تطيل.

(3) حديث فرض زكاة الفطر أخرجه البخاري من رواية ابن عمر رضي اللّه عنه في فرض صدقة الفطر باب صدقة الفطر، وفي الباب عنده من حديث أبي سعيد الخدري أيضًا، وأخرجه مسلم في كتاب الزكاة باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير من حديث أبي سعيد الخدري.

(4) الطهرة: الطهارة، ومنه ما في حديث ابن عباس رضي اللّه عنه: «زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين». ن: القاموس الفقهي 233.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) الإبراء: إسقاط المؤاخذة والمتابعة.

(7) في الأصل: إخراج.

[هـ 93] لا يجزئ بإجماع منا ومنهم، لأن الزكاة عبادة. [وإنما كانت عبادة][1]، فإذا كانت عبادة، فلا يجزئ أن يفعل بالعبادة إلا ما ورد به التعبد بدليل الصلاة[2] وأفعالها، فلا يجوز أن يوضع فيها الركوع مكان [السجود][3]، ولا السجود موضع الركوع، ولا يقوم فيها السجود على الخد[4] والدقن، مقام السجود على الجبهة.

ولأن سبب وجوب الحق، إذا اتصل بحل[5]، فإن الحق يتصل بصورته ومعناه. مثل من أسلم[6] في شيء، أو اشتراه، أو أوصى بشيء من ماله لأحد من الناس، فإن الحق يتعلق بعين ذلك الشيء، فكذلك مسألتنا.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث[7] معاذ[8]. فغير لازم لنا، لأنه إنما ورد في أخذ الجزية، وكلامنا في الزكاة، ويدل على صحة ذلك أن معاذ[9] نقل ذلك إلى المدينة، ومذهبه رضي اللّه عنه أن الزكاة لا يجب نقلها، فإنما تصرف في الموضع الذي وجبت فيه، وسميت الجزية صدقة مجازًا واتساعًا، وكانوا يسمون ما يأخذون من بني تغلب صدقة. وإنما كان جزية[10].

---

(1) ما بين القوسين هكذا في الأصل، والظاهر أنه من زيادة الناسخ.

(2) في الأصل: أن الصلاة.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: الخدد.

(5) هكذا صورتها في الأصل، ولا وجه لها ولعلها مصحفة صوابها بشيء بدليل ما بعدها، واللّه أعلم.

(6) أسلم من السَّلَم، وهو اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلمًا فيه، والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسلمًا إليه، والمشتري رب السلم. ن: التعريفات 120، وحلية الفقهاء 140، وشرح الحدود 291، والأنيس 218، ولغة الفقهاء 248 - 249، والقاموس الفقهي 182.

(7) في الأصل: بحديث.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) ن: إيثار الإنصاف 70 - 71، والمجموع 5 / 430.

وأما قوله عليه السلام: «أغنوهم عن طواف هذا اليوم»[1]، فقد بين عليه السلام في حديث آخر الشيء الذي يقع به الإغناء، وهو قوله عليه السلام: «أدوا صاعًا من قمح، أو صاعًا من شعير»[2] الحديث بطوله. فيجب الرجوع فيما يقع به الإغناء إلى ذلك.

وقولهم: لما جاز إخراج القيمة في زكاة التجارة، فكذلك يجوز إخراج القيمة في المواشي وغيرها، فلا حجة لهم فيه، لأنه إنما جاز ذلك في التجارة للضرورة، لأن الزكاة في عروض التجارة إنما تجب في قيمتها لا في أعيانها.

❊ ❊ ❊

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) لم أقف عليه.

باب في زكاة الثمار والحبوب

مسألة [89]:

[في نصاب زكاة التمر والحب]

ولا زكاة في تمر أو حب حتى يبلغ ذلك خمسة أوسق، وما كان من ذلك دون خمسة أوسق، فلا شيء فيه[1]. وبه قال: جابر[2] بن عبد اللّه، وسعيد بن المسيب[3]، وأبو قلابة[4]، وعطاء[5] بن أبي رباح، والحسن[6] البصري، والمشيخة السبعة[7] من فقهاء المدينة، وهو **مذهب الشافعي**[8]،

---

(1) ن: التفريع 1 / 290 - 291، والتلقين 51، والإشراف 1 / 172، والكافي 1 / 264، والمنتقى 2 / 91، وفيه: «وقد ذهب إلى ما ذكرناه من نصاب الحبوب مالك والشافعي، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة: إن ما يجب فيه العشر أو نصف العشر من الحبوب والثمار، فإنه يخرج من قليل ذلك وكثيره العشر، أو نصف العشر، وإن كان وسقًا واحدًا»، وانظر أيضًا البداية 1 / 447، والقوانين الفقهية 94، والفتح الرباني 1 / 144.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هو أبو قلابة عبد اللّه بن زيد بن عمر الجرمي أحد الأئمة الأعلام، كثير الحديث. قال أيوب: ما أدركت أعلم منه بالقضاء، طلب له فهرب حتى أتى اليمامة. روى عن عائشة، وعن عمر مرسلاً، وحذيفة، وابن عباس، وأبي هريرة، ومعاوية وخلق، وعنه مولاه أبو رجاء، وقتادة وأيوب، وخالد الحذاء، وعاصم الأحول، وخلق، مات بالشام سنة 104 وقيل سنة 106هـ وقيل سنة 107هـ خرج له الستة. ن: الخلاصة 198، وطبقات الحفاظ 43.

(5) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح القرشي الجندي اليمني نزيل مكة. أحد الفقهاء والأئمة. خرج له الستة، وروى عن عثمان، وعتاب بن أسيد مرسلاً، وعن أسامة بن زيد وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة بن الزبير، وطائفة، وعنه أيوب وحبيب بن أبي ثابت، وجعفر بن محمد، وجرير بن حازم وابن جريج وخلق. انتهت إليه الفتوى بمكة. مات سنة 114هـ. ن: الخلاصة 266، وطبقات الحفاظ 45.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت تراجمهم.

(8) الأم 2 / 32، والتنبيه 57 - 58، والوجيز 1 / 90، والمجموع 5 / 500 - 502.

والقاضي[1] أبو يوسف، ومحمد[2] بن الحسن[3].

وقال أبو حنيفة: لا يعتبر في زكاة الثمار والحبوب، أن يبلغ ذلك خمسة أوسق، أو ما فوقها؛ بل يجب العشر، أو نصف العشر فيما قل من ذلك أو كثر، بلغ خمسة أوسق، أو أقل منها[4].

واحتج أصحابه، بقوله عز وجل: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَـٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: 267]. قالوا: وهذا عام في القليل والكثير.

قالوا: وقوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103] فعم، وقوله: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: 141] فأضاف الحق إلى جميعه.

قالوا: وقد قال ﷺ: «فيما سقت السماء العشر»[5] فعم ولم يخص مقدارًا[6] من مقدار.

قالوا: ولأن النصاب أحد شرطي وجوب الزكاة، فوجب سقوط اعتباره

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) وكذا الإمام أحمد، والجمهور. ن: الإفصاح 1 / 205، والبداية 1 / 447.

(4) ن: مختصر الطحاوي 46، والقدوري 22، ورؤوس المسائل للزمخشري 211 - 212، والبدائع 2 / 59، ط2، 1974، وفيه: «النصاب ليس بشرط لوجوب العشر في كثير الخارج وقليله، ولا يشترط فيه النصاب عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب فيما دون خمسة أوسق إذا كان مما يدخل تحت الكيل كالحنطة والشعير والذرة، والأرز، ونحوها».

(5) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، وأبو داود في كتاب الزكاة باب صدقة الزرع كلاهما من حديث ابن عمر رضي اللّه عنه. والترمذي في أبواب الزكاة، باب ما جاء في الصدقة فيما يسقى بالأنهار وغيرها عن أبي هريرة. ثم قال: وفي الباب عن أنس، وابن عمر، وجابر، والنسائي في كتاب الزكاة باب ما يوجب العشر، وما يوجب نصف العشر، عن ابن عمر، وجابر، ومعاذ، وابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الزروع والثمار عن أبي هريرة، وابن عمر، ومعاذ، ونص لفظ البخاري: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريًا العشر، وما سقي بالنضح نصف العشر».

(6) في الأصل: مقدار.

في الزرع والثمار اعتبارًا[1] بالحول. وينتقض[2] عليهم بالمعدن، فإن النصاب فيه دون الحول[3].

ولأنه حق يجب في مال من دون[4] الاعتبار في الحول، فوجب ألا يعتبر فيه النصاب. أصله خمس الغنيمة.

ولأن النصاب إنما يعتبر في الأموال التي يتكرر الوجوب فيها، والزرع[5] لا يتكرر الوجوب فيه، فلم يعتبر فيه نصاب.

ولأن العشر يسقط مع عدم الانتفاع بالأرض كالخراج، ولا يسقط الخراج إذا انتفع بالأرض، فلما لم يعتبر في وجوب أخذ الخراج أن تخرج الأرض نصابًا من الزرع، فكذلك العشر.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله [صلى الله عليه][6] في حديث أبي سعيد[7] الخدري: «ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة، وليس فيما [دون][8] خمسة أوسق صدقة»[9].

وروى جابر[10] بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا زكاة في شيء من الحرث حتى يبلغ[11] خمسة أوسق، فإذا بلغ خمسة أوسق ففيه الزكاة»[12].

---

(1) في الأصل: اعتبار.

(2) في الأصل: ينتقضها.

(3) كأن هذه الجملة: «وينتقض عليهم... إلى الحول» رد أورده المؤلف في غير محله المعتاد منه.

(4) غير واضحة في الأصل.

(5) في الأصل: فالزرع.

(6) تكملة يقتضيها السياق المعهود من المؤلف.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) تقدم تخريجه.

(10) تقدمت ترجمته.

(11) في الأصل: تبلغ.

(12) أخرجه أبو داود بلفظ قريب في كتاب الزكاة باب ما تجب فيه الزكاة من الأموال.

وهذه الأخبار نصوص في موضع الخلاف، ولا يستطيعون دفعها.

ولأنه حق يجب في مال، ويصرف[1] مصرف الزكاة، فاقتضى وجوبه نصابًا في الابتداء اعتبارًا بزكاة الذهب والورق.

فإذا ثبت هذا. فما احتجوا به من الظواهر، فكلها عامة، والأخبار التي احتججنا بها خاصة وإذا تجاذب[2] الحكم سببان خاص وعام قدم الخاص على العام[3].

وقولهم: إن قوله عليه السلام: «فيما سقت السماء العشر»[4] عام في القليل والكثير فليس كما زعموا، وإنما أراد ﷺ [هـ 94] [بقوله][5]: «فيما سقت السماء العشر»: تعريف المقدار المأخوذ منه في الزكاة، والجنس الذي يجب فيه الزكاة، وليس أحد[6] الخبرين معترضًا على الآخر، فلا يجوز إسقاط أحدهما واستعمال الآخر؛ بل يجب استعمالهما جميعًا للمعنى الذي ذكرناه. ولأن استعمال الخبرين ما أمكن أولى من إطراح أحدهما واستعمال الآخر. لأن في إطراح أحدهما إعراء لكلام النبي عليه السلام عن فائدة، وذلك ما لا يجوز، ولا فرق بين هذين[7] الخبرين أن[8] يحفظا عن النبي عليه السلام في

---

(1) في الأصل: وتصرف.

(2) في الأصل: فإذا تجادن.

(3) وهذا هو الذي صار إليه الجمهور في هذه المسألة، حملاً منه الخصوص على العموم أي بناء العام على الخاص، ولا يشاطر ابن رشد الحفيد الجمهور هذا الرأي، وفي ذلك يقول: «ولكن حمل الجمهور عندي الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذي تعارضا فيه. فإن العموم فيه ظاهر، والخصوص فيه نص. فتأمل هذا، فإنه السبب الذي صير الجمهور إلى أن يقولوا بني العام على الخاص، وعلى الحقيقة ليس بنيانًا». ن: البداية.

(4) تقدم تخريجه.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: إحدى.

(7) في الأصل: هذا.

(8) في الأصل: عن.

مجلس واحد، أو في مجلسين. [فيقول][1] وهو في مجلس واحد: فيما سقت السماء العشر إذا بلغ ذلك خمسة أوسق، أو يقول في مجلس فيما سقت السماء العشر، ثم يقول في مجلس آخر: ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، فإنه يكون كلامًا صحيحًا قائمًا بنفسه، يلزم الأمة قبوله، ألا ترى أنه عليه السلام. قال: «في الرقة ربع العشر»[2]. ثم قال في حديث آخر: «ليس فيما دون خمسة أواق من الورق صدقة»[3]؟

وإن القول بالجمع بين[4] هذين الخبرين[5] صحيح، وإن عموم قوله عليه السلام: «في الرقة ربع العشر»[6] غير معمول به في قليل الرقة وكثيرها، لأن القول بعموم ذلك يسقط فائدة[7] قوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمسة أواق من الورق صدقة»[8]. وإذا كان ذلك كذلك. وجب أن يكون حكم الوسق هكذا.

وقولهم: ولأن النصاب أحد شرطي الوجوب في الزكاة، فأشبه الحول. منتقض عليهم بالإسلام والحرية[9]. لأنها من جملة شرائط الوجوب في الزكاة، وينتقض عليهم أيضًا على أصلهم بزكاة الفطر، لأنها لا تجب عندهم[10] إلا على من يملك نصابًا والحول غير معتبر فيها.

ولأن اعتبارهم النصاب بالحول غير صحيح. لاختلافهما[11] في

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.
(2) تقدم تخريجه.
(3) تقدم تخريجه وهو في صحيح البخاري.
(4) في الأصل: لهذين.
(5) في الأصل: الخبرتين.
(6) تقدم تخريجه.
(7) في الأصل: مكررة.
(8) تقدم تخريجه وهو في صحيح البخاري.
(9) في الأصل: الجزية.
(10) في الأصل: عليهم.
(11) في الأصل: لاختلافهم.

المعنى، وذلك أن الحول إنما اعتبر لتكامل نماء المال فيه، وهذا إنما يحتاج إليه في العين والماشية، وليس كذلك الزرع، لأنه بنفس الحصاد تكامل نماؤه، ولذلك لم يعتبر فيه الحول.

وقياسهم على خمس الغنيمة. منتقض بالمعدن على أصلنا وبزكاة الفطر على أصلهم. ولأن خمس الغنيمة لا يتصرف مصرف الزكاة، والعشر تصرف مصرف الزكاة، فبطل ما قالوه.

وقولهم: لأن النصاب إنما يعتبر في الأموال التي يتكرر الوجوب فيها، والزرع[1] لا يتكرر الوجوب فيه، فهو قياس عكس[2] لا يرجع إلى أصل[3].

وقولهم: ولأن العشر يسقط مع عدم الانتفاع بالأرض كالخراج، غير لازم، لأنْ أخذ خراج الأرضين من باب الإجارات[4]، وأخذ الزكاة من باب المواساة. فهما[5] أصلان مختلفان لا جمع بينهما.

* * *

(1) في الأصل: فالزرع.

(2) تقدم تعريفه.

(3) قول المؤلف رحمه الله: «فهو قياس عكس لا يرجع إلى أصل»، يشعر بأنه لا يقول بقياس العكس، والمعروف أن المالكية يحتجون به. ن: مفتاح الوصول 120.

(4) في الأصل: الإجازات.

(5) في الأصل: فيهما.

مسألة [90]:

[في القمح والشعير والسلت هل تجمع في الزكاة أم لا]

يجمع بين القمح والشعير والسلت[1] في الزكاة. فإذا اجتمع من ذلك خمسة أوسق فأكثر، وجبت فيه الزكاة[2]. **وبه قال الحسن**[3]، **وعكرمة**[4]، **وطاوس**[5]، **والزهري**[6].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يضم شيء من ذلك إلى غيره، ويفرد كل صنف على حدته[7].

---

(1) السِّلْت: ضرب من الشعير صغير الحب ليس له قشر. ن: حلية الفقهاء 105، المغرب 230، والقاموس الفقهي 179.

(2) ن: الموطأ 184، والتفريع 1 / 291، والإشراف 1 / 173، والتلقين 51، والكافي 1 / 267 - 268، والمنتقى 2 / 167، وفيه: «وبه قال الحسن وطاوس، والزهري، وعكرمة، ومنع من ذلك أبو حنيفة، والشافعي». وانظر أيضًا: المقدمات 1 / 286، والبداية 1 / 448 - 449، وفيها أن سبب الاختلاف في هذه المسألة هو: هل المراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع أو اتفاق الأسماء، فمن قال بالأول كالمالكية قال: الحنطة والشعير والسلت صنف واحد، ومن قال بالثاني كالحنفية والشافعية والحنابلة قال: كل واحد منها صنف وحده، ثم عقب ابن رشد على ذلك بقوله: «ويشبه أن يكون شهادة الشرع للأسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع، وإن كان كلا الاعتبارين موجودًا في الشرع والله أعلم».

وبقول مالك قال: أحمد في رواية عنه. ن: المجموع 5 / 513.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هو أبو عبد الله عكرمة مولى ابن عباس، المدني. أصله من البربر من أهل المغرب. كان فقيهًا. قال أبو الشعثاء: عكرمة أعلم الناس، وقيل لسعيد بن جبير: هل أحد تعلم أعلم منك؟ قال: عكرمة. مات سنة 105 أو 106 أو 107هـ. ن: طبقات الشيرازي 70، وطبقات الحفاظ 44 - 49.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) ن: البدائع 2 / 60، ط2. 1974، وفيها تفصيل يحسن الاطلاع عليه، والوجيز 1 / 90 - 91، والمجموع 5 / 506 - 512، وقال فيه: «وبه قال عطاء بن أبي رباح=

واحتج أصحابهما، فقالوا: إن هذه الحبوب أجناس مختلفة، بدليل تباين منافعها[1]، وأجناسها[2]، فلم يجز ضم كل منها إلى الأخرى، كما لا يجوز ضم التمر إلى الأرز، ولا الحنطة إلى الحمص.

قالوا: ولأن النبي ﷺ قال: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»[3] الحديث بطوله. قالوا: فأفرد عليه السلام كل واحد من هذه الأجناس باسمه، فدل ذلك على أن لكل واحد منها حكم نفسه، فلو كانت الحنطة، والشعير والسلت، جنسًا واحدًا، لاكتفى عليه السلام من ذلك بأن ينص على أحدها[4].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103] فعم، وقوله عليه السلام: «خذ الحب من الحب»[5]. فعم، فهذه الظواهر كلها عامة، فيجب حملها على عمومها إلا ما

= ومكحول والأوزاعي، والثوري، والحسن بن صالح، وشريك، وسائر أصحاب الرأي، وأبو عبيد وأبو ثور، وابن المنذر، وأحمد في رواية عنه.

(1) في الأصل: منافعهما.

(2) في الأصل: أجناسهما.

(3) هذا جزء من حديث طويل مشتمل على الأصناف الربوية الستة، أخرجه الستة بألفاظ متقاربة: أخرجه البخاري في البيوع باب بيع الفضة بالفضة مختصرًا، ومسلم في المساقاة باب الصرف، وبيع الذهب بالورق نقدًا، والنسائي في البيوع باب بيع الشعير بالشعير. كلهم عن أبي سعيد الخدري.

وأخرجه عن عبادة بن الصامت: مسلم في المساقاة باب الصرف، وبيع الذهب بالورق نقدًا، وأبو داود في البيوع باب في الصرف، والترمذي في البيوع باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، والنسائي في البيوع باب بيع الشعير بالشعير، وابن ماجة في التجارات باب الصرف، وأخرجه البزار عن بلال في البيوع باب في الربويات.

(4) في الأصل: أحدهما.

(5) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة. باب صدقة الزرع عن معاذ بن جبل رضي اللّه عنه، ولفظه عنده بتمامه: «خذ الحب من الحب، والشاة من الغنم، والبعير من الإبل، والبقرة من البقر» وأخرجه ابن ماجة في كتاب الزكاة باب ما يجب فيه الزكاة من الأموال بنصه. وانظر: التلخيص الحبير مع المجموع 5 / 852، وفيه أنه لم يصح سماع عطاء بن يسار (رجل في سنده) من معاذ لأنه ولد بعد موته أو في سنة موته، أو بعد موته بسنة، ولأن البزار قال: لا=

خصه الدليل في القليل والكثير، فإن قالوا: فهذا[1] عموم مخصوص بقوله ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»[2]. قيل لهم: هذا الذي ذكرتموه دليل لنا، لأنه عليه السلام أوجب الصدقة في الخمسة الأوسق من أي جنس كانت، فالمفهوم[3] في مقابلة المنطوق[4]، فإن كان المنطوق[5] عامًا، فكذلك دليله ومفهومه، لأن منفعة القمح، والشعير والسلت متقاربة، وأغراض الناس فيها غير متفاوتة، ولأنها تجتمع في المنبت والمحصد، فوجب لذلك أن يكون حكمها واحدًا في الضم، ومنع التفاضل كالعَلَس[6] مع الحنطة، والسلت مع الشعير.

ولأن الافتراق[7] بين الأشياء في التسمية، لا يوجب افتراقها في الحكم. فالقِشْمِش[8] كالزبيب، والجوامس كالبقر[9]، والإبل العراب كالبخت[10]، والضأن كالمعز[11].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن هذه الحبوب [هـ 95] أجناس مختلفة، بدليل تباين[12] منافعها وأسمائها. فهو غلط. لأن المنافع فيها متقاربة

= نعلم أن عطاء سمع من معاذ.

(1) في الأصل: فهذه.

(2) تقدم تخريجه.

(3) أي مفهوم المخالفة المعروف بدليل الخطاب.

(4) في الأصل: المنطق.

(5) في الأصل: النطق.

(6) العَلَس جنس من القمح، أسود إذا أجدب الناس طحنوه وأكلوه. وقيل هو نوع من البر إلا أنه عسير الانتقاء يكون في أكمامه حبتان وهو طعام أهل صنعاء. ن: حلية الفقهاء 105، والمغرب 325، والقاموس الفقهي 260.

(7) في الأصل: ولا افتراق.

(8) القِشْمِش: العنب الخالي من النوى. ن: ضياء النبراس 106.

(9) في الأصل: والبقر.

(10) في الأصل: والبخت.

(11) في الأصل: والمعز.

(12) في الأصل: سائر منافعها.

جدًا، وأغراض الناس فيها ليست متفاوتة[1] جدًا. وهذا معتضدنا في هذه المسألة. وإنما تتباين المنفعة وتختلف الأغراض في مثل ما بين التمر والأرز، أو الحمص والزبيب.

وأما اختلاف أسمائها فليس بمانع من ضمها، ولا من كونها جنسًا واحدًا.

وما احتجوا به من قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»[2] إلى آخر ما ذكروه. فالجواب أن ما ذكروه أنه لو ذكر الحنطة باسمها الأعم للزم ما قالوه، وإنما ذكرها باسمها الأخص، ولا يدخل تلك التسمية الشعير، لأنه لا يقع عليه اسم الحنطة، كما لو ذكر الغنم باسمها الأخص وهو الضأن، لم يتناول المعز. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: متقاربة.

(2) تقدم تخريجه.

مسألة [91]:

[في نصاب زكاة الزيتون]

وزكاة الزيتون[1] إذا بلغ حبه خمسة أوسق[2]. **وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه** قال: يزكي قليله وكثيره[3].

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا زكاة فيه[4].

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «ليس في الخضر صدقة»[5] فعم ولم يخص.

قالوا: وقد قال عليه السلام لمعاذ: «لا تأخذ الصدقة إلا من الحنطة والشعير، والتمر، والزبيب»[6].

---

(1) في الأصل: وزكا.

(2) ن: التفريع 290، والتلقين 5، ورؤوس المسائل لابن القصار 36، والإشراف 1 / 173، والمنتقى 2 / 163، والبداية 1 / 29، والقوانين الفقهية 94، والفتح الرباني 177 وبه قال الزهري والأوزاعي، والليث والثوري، وأبو حنيفة، وأبو ثور. ن: المجموع 5 / 456.

(3) ن: المبسوط 3 / 2 - 3، والبدائع 2 / 58 - 59، ورؤوس المسائل للزمخشري 313، وانظر القدوري 22.

(4) وهو قوله الجديد في مصر. ن: الأم 2 / 37، والتنبيه 57، والوجيز 1 / 90، والمجموع 5 / 452 - 456، وفيه: «وبه قال الحسن بن صالح، وابن أبي ليلى وأبو عبيد».

(5) أخرجه الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة من حديث علي، وعبد اللّه بن جحش، وموسى بن طلحة عن أبيه، وأنس بن مالك، ومعاذ رضي اللّه عنهم، بلفظ: «ليس في الخضراوات صدقة» أو «زكاة»، وأخرجه الترمذي والطبراني والحاكم والبزار، وغيرهم وقد ضعف صاحب التعليق المغني كل رواياته وطرقه. ن: التعليق: المغني بهامش الدارقطني 2 / 95 - 97، ونصب الراية 2 / 386 - 389.

(6) أخرجه الحاكم في المستدرك وصحح إسناده عن طلحة بن يحيى عن أبي بردة عن أبي موسى، ومعاذ بن جبل حين بعثهما رسول اللّه ﷺ إلى اليمن يعلمان الناس أمر دينهم، ولفظه عنده: «لا تأخذا الصدقة إلا من هذه الأربعة: الشعير والحنطة والزبيب والتمر».

ورواه البيهقي بلفظ: «أنهما حين بعثا إلى اليمن لم يأخذا الصدقة إلا من هذه الأربعة». قال في الإلمام: «وهذا غير صريح في الرفع». ن: نصب الراية 2 / 389، والتلخيص الحبير مع المجموع 5 / 561.

قالوا: فإنه[1] مما لا يقتات به غالبًا، فأشبه التين[2].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾ [التوبة: 103]، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الْأَرْضِ﴾ [البقرة: 267]، فعم ولم يخص شيئًا، وقوله: ﴿وَالزَّيْتُونَ وَالرُّمَّانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلُوا مِن ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: 141]، وحقه هو زكاته، وقوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر»[3].

ولأنه حب[4] يقتات بزيته غالبًا، فوجب أن يجب فيه الزكاة. أصله: السِّمْسم[5]. ولأن الزكاة لما وجبت في الحمص واللوبيا، وكان الزيتون أعم منفعة في الأقوات، كان بأن يجب فيه الزكاة أولى وأحرى.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «ليس في الخضر زكاة»[6] لا يتناول الزيتون، لأن اسم الخضر إنما يتناول البُقُول[7]، مثل البصل والكُراث[8] وغير ذلك.

وما ذكروه من حديث معاذ[9] فهو غير محفوظ على الوجه الذي ذكروه[10].

---

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: ولأنه.

(2) في الأصل: التبن، ولا وجه لها، ويدل على صحة ما أثبتناه ما بعده في آخر المسألة.

(3) تقدم تخريجه.

(4) في الأصل: حبل.

(5) السِّمْسم: الجلجلان بلسان أهل فاس. ن: ضياء النبراس 76، وكشف الرموز 81.

(6) تقدم تخريجه.

(7) البُقُول جمع بقلة، وهي ما ينبت الربيع من العشب، وكل نبات اخضرت له الأرض فهو بقل. ن: المغرب 48، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 31، ولغة الفقهاء 109، والقاموس الفقهي 41.

(8) الكُراث: الثوم البري، ومنه ما لا رؤوس له، يسمى بمصر كراث المائدة. ن: ضياء النبراس 112.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) قال في نصب الراية 2 / 893 في معرض ذكر حديث معاذ وأمثاله: «فكلها مدخولة، وفي=

وقياسهم الزيتون على التين غير مسلم لهم. لأن وصف العلة غير صحيح، لأن الزيتون مما يقتات بزيته غالبًا، ولأن بعض الناس قد أوجب في التين الزكاة. فسقط ما قالوه.

* * *

= متنها اضطراب»، وقال في: التلخيص الحبير مع المجموع 5 / 561 بعد تخريجه، حديث الحاكم والبيهقي، في رواية أبي موسى الأشعري، ومعاذ بن جبل. قال: «قال البيهقي: رواته ثقات، وهو متصل».

مسألة [92]:

[في الفواكه والبقول والخضر هل فيها زكاة أم لا]

ولا زكاة في الفواكه والبقول والخضر كلها[1]، وبه قال عمر، وعلي، وعبد الله[2] بن عمر، وهو مذهب المشيخة السبعة[3] من فقهاء المدينة، وعطاء[4]، ومجاهد[5]، والشعبي[6]، والحسن[7]، ومكحول[8]، وربيعة[9]، والشافعي[10]، والأوزاعي[11].

---

(1) ن: التفريع 1 / 294، ورؤوس المسائل لابن القصار 36، والتلقين 51، والإشراف 1 / 173، والكافي 1 / 263، والمنتقى 2 / 171، والقوانين الفقهية 94، وبه قال الأوزاعي والشافعي، وأبو يوسف ومحمد وداود. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 36، والمجموع 456، والمبسوط 3 / 2 - 3، والبدائع 2 / 58 - 59. ط2. 1974.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت تراجمهم.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) هو أبو الحجاج مجاهد بن جبر مولى السائب بن أبي السائب. المقرئ الإمام المفسر. خرج له الستة، وروى عن ابن عباس، وقرأ عليه، وأم سلمة، وأبي هريرة، وجابر وعن عائشة في البخاري، ومسلم مرسلاً في قول الكثير، وعن عكرمة وعطاء وقتادة، والحكم وأيوب وخلق. وثقه ابن معين وأبو زرعة. مات سنة 102هـ أو سنة 103هـ بمكة وهو ساجد. ن: الخلاصة 369، وطبقات الحفاظ 42.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) هو أبو عبد الله مكحول بن عبد الله الشامي. لم يكن في زمانه أبصر منه بالفتوى، قيل توفي سنة 113هـ. وقيل غير ذلك. ن: طبقات الشيرازي 75، وطبقات الحفاظ 49.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) ن: الأم 2 / 37، والتنبيه 57، والوجيز 1 / 90، والفتح العزيز بهامش المجموع 5 / 561، والمجموع 5 / 453 - 455 - 456، وفيه: «وبهذا كله قال مالك، وأبو يوسف ومحمد».

(11) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي. محدث الشام، وأحد الأئمة =

وقال أبو حنيفة: يجب الزكاة في ذلك كله[1].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: 267] فعم، وقوله عز وجل: ﴿كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: 141]، ولا حق فيه غير الزكاة، وقوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر»[2].

ولأنه حق يجب في جنس [من][3] المال لا يتكرر، فوجب ألا يختص به بعض الجنس دون بعض اعتبارًا بخمس الغنيمة.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث معاذ[4] عن النبي عليه السلام قال: «ليس في الخضروات صدقة»[5]، وقوله ﷺ لأبي موسى[6] الأشعري، ومعاذ[7] حين بعثهما إلى اليمن، يعلمون[8] الناس أمور دينهم: «لا تأخذا الصدقة إلا من هذه الأربعة: الحنطة والشعير، والزبيب والتمر»[9].

= الأعلام. خرج له الستة. مات 157هـ. ن: طبقات الشيرازي 76، وطبقات الحفاظ 85، والخلاصة 232.

(1) ووافقه أبو يوسف ومحمد في الثمار دون الخضروات. ن: المبسوط 3 / 2 - 3، والبدائع 2 / 58 - 59، ط2. 1974، والدرة المنيفة 59 - 60، وخزانة الفقه لـ 12 وبه قال زفر. ن: المجموع 5 / 456.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدم تخريجه.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) في الأصل: تعلمون.

(9) أخرجه البيهقي بلفظ قريب في السنن في باب لا تؤخذ صدقة شيء من الشجر غير النخل والعنب. وقد تقدم تخريجه من نصب الراية والتلخيص الحبير.

وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير ضمن معجم معاذ بن جبل، من رواية موسى بن طلحة عنه، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة باب أخذ الصدقة من الحنطة والشعير.

قال معاذ[1]: «فأما البطيخ[2]، والقِثَّاء[3]، والخضروات، فعفو عفا اللّه عنه»[4].

وقالت عائشة: «مضت السنة ألا زكاة في الخضروات»[5]. ولأنه نبت لا يقتات به، فأشبه الحشيش[6]، والقصب، والحطب.

ولأنه جنس من المال، لا يعتبر النصاب في ابتدائه، فلم يجب فيه الزكاة. أصله الحطب.

ونفرض معهم المسألة في القدر اليسير من التفاح والقثاء، كالثلاثة والأربعة، ونحو ذلك، فنقول: ولأنه مال لا يحتمل المواساة، فأشبه العشرين من الغنم، والأربعة من الإبل، بل ما ذكرناه وفرضناه أولى، لأنه أضعف من احتمال المواساة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله تعالى: ﴿وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: 267] فهو عام مخصوص بما تقدم ذكرنا له من الاحتجاج،

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) البطيخ: جنسان: أصفر وهو المعروف بفاس بهذا الاسم، وأخضر ويعرف بالدلاح، ويقال: الدلاع. ن: ضياء النبراس 31، وكشف الرموز 36 - 37، وفيه تفصيل.

(3) القِثَّاء هو: الفقوس بلغة أهل فاس. ن: ضياء النبراس 104، وكشف الرموز 115، وفيه ذكر فوائده الطبية.

(4) أخرجه بلفظ قريب الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة، والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة من الحنطة والشعير، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وانظر مزيد بيان عن تخريجه في كتاب: «التلخيص الحبير مع المجموع 5 / 560 - 561.

(5) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في كتاب الدارقطني في كتاب الزكاة باب ليس في الخضروات صدقة، عنها، مرفوعًا من طريق صالح بن موسى، بلفظ قريب هذا نصه: «ليس فيما أنبتت الأرض من الخضر زكاة».

قال في: التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 95: «قوله صالح بن موسى. قال الزيلعي، قال الشيخ في الإمام: هو صالح بن موسى بن عبد اللّه بن إسحاق بن طلحة بن عبيد اللّه. قال ابن معين: ليس بشيء. . . وقال البخاري: منكر الحديث».

(6) نبات يحتش وتعلفه البهائم والمواشي.

وقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: 141]. لا حجة فيه. لأنه لا يتناول ما تنازعنا فيه، لأنه قال يوم حصاده، وذلك لا يتناول إلا ما يحصد غالبًا، وعلى أنه مخصوص بقوله عليه السلام: «ليس في الخضروات زكاة»[1].

وقياسهم على خمس الغنيمة، باطل لأنهم قالوا: حق يجب في جنس من المال لا يتكرر، فوجب ألا يختص به بعض الجنس دون بعض اعتبارًا بخمس الغنيمة. والحشيش والقصب، والحطب، لا زكاة في شيء من ذلك وهي من الجنس، فبطل ما قالوه واعتبروه من ذكر الجنس.

* * *

(1) تقدم تخريجه.

باب زكاة الفطر

مسألة [93]:

[في حكم زكاة الفطر]

وزكاة الفطر واجبة[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: هي سنة[3].

واحتج أصحابه بما روى قيس[4] بن سعد، أنه قال: «أمرنا بصيام يوم عاشوراء، فلما فرض رمضان لم نؤمر به، ولم ننه عنه، ونحن نفعله»[5].

---

(1) ن: التفريع 1 / 294، ورؤوس المسائل لابن القصار 40، والتلقين 51 - 52، والإشراف 1 / 186، والكافي 1 / 278، والتمهيد 14 / 321 - 326، والمنتقى 2 / 182 - 185، والمقدمات 1 / 332 - 333، والبداية 1 / 469، وفيها: «فأما زكاة الفطر فالجمهور على أنها فرض، وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة. وبه قال أهل العراق. وقال قوم: هي منسوخة بالزكاة»، وانظر أيضًا: القوانين الفقهية 99.

(2) ن: الأم 2 / 67، والتنبيه 60، والوجيز 1 / 98، وفتح العزيز مع المجموع 6 / 111 - 112، والمجموع 6 / 104، وفيه: «وزكاة الفطر واجبة عندنا وعند جماهير العلماء، وحكى صاحب البيان وغيره عن ابن اللبان من أصحابنا أنها سنة وليست واجبة. قالوا: وهو قول الأصم وابن علية. وقال أبو حنيفة: هي واجبة وليس بفريضة بناء على أصله أن الواجب ما ثبت بدليل مظنون والفرض ما ثبت بدليل مقطوع». وانظر أيضًا: الدرة المضية 297، ورحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 106.

(3) ن: المبسوط 3 / 101، والبدائع 2 / 69. ط2. 1974.

(4) هو أبو الفضل قيس بن سعد بن عبادة الأنصاري الخزرجي صحابي. خرج له الستة روى عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى، وأبو تميم الجيشاني، قال أنس: كان قيس بين يدي النبي ﷺ بمنزلة صاحب الشرطة من الأمير. مات في خلافة معاوية بالمدينة. ن: الخلاصة 3017.

(5) هكذا أورد المؤلف هذا الحديث، ولا وجه للاستدلال به في صورته التي هو عليها. ولعله قد سقطت منه ألفاظ حين النسخ، أو التبس على المؤلف أو الناسخ بحديث آخر لنفس الراوي. وهو: «كنا نصوم عاشوراء ونودي زكاة الفطر، فلما نزل رمضان ونزلت الزكاة، لم نؤمر به، ولم ننه عنه، ونحن نفعله». ن: سنن النسائي، كتاب الزكاة. باب فرض صدقة الفطر قبل نزول الزكاة. وعلى كل حال فالظاهر أن الحديث المراد للمؤلف هو ما أخرجه=

والدليل على صحة ما قلناه: [هـ 96] ما رواه نافع[1] عن ابن عمر[2] أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير، على كل حر وعبد، ذكر وأنثى من المسلمين[3]، فابن عمر يقول: فرضها رسول اللّه ﷺ، وأبو حنيفة يقول: سنها.

ولأنها زكاة تجب[4] في[5] المال، فأشبهت سائر الزكوات.

ولأنه حق يتعلق بمال اليتيم كتعلقه بمال البالغ، فكان كسائر الحقوق اللازمة.

فإذا ثبت هذا، فما رووه[6] من حديث قيس[7] بن سعد. فهو دليل لنا، لأن الشيء إذا ثبت وجوبه لم يسقط إلا بالنسخ، والأمر الأول كاف في الوجوب ما لم ينسخ، ولم ينسخ، وتكرار الأمر بالشيء ليس بشرط في استقرار الوجوب. واللّه أعلم.

= النسائي في كتاب الزكاة باب فرض صدقة الفطر قبل نزول الزكاة، وابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الفطر، ولفظه فيهما معًا هو: «عن قيس بن سعد قال: أمرنا رسول اللّه ﷺ بصدقة الفطر قبل أن تنزل الزكاة، فلما نزلت الزكاة لم يأمرنا ولم ينهنا، ونحن نفعله»، يدل على ذلك ما ورد في مناقشة المؤلف للمخالفين في آخر المسألة.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) متفق عليه. أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب فرض صدقة الفطر، ومسلم في كتاب الزكاة باب زكاة الفطر على المسلمين.

وأخرجه مالك في الموطأ، في مكيلة زكاة الفطر من كتاب الزكاة، وأبو داود في كتاب الزكاة باب كم يودي في صدقة الفطر، والترمذي في أبواب الزكاة باب ما جاء في صدقة الفطر، والنسائي في كتاب الزكاة باب فرض زكاة رمضان على المملوك، وباب فرض زكاة رمضان على الصغير، وبباب فرض زكاة رمضان على المسلمين دون المعاهدين، وابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الفطر.

(4) في الأصل: يجب.

(5) في الأصل: فيه.

(6) في الأصل: روه.

(7) تقدمت ترجمته.

مسألة [94]:

[في زكاة الفطر هل يجزئ فيها أقل من صاع أم لا]

ولا يجزئه أن يخرج أقل من صاع من أي شيء أخرج[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: إن أخرج نصف صاع من قمح أجزأه، ولا يجزئه إخراج أقل من صاع من غير البر[3].[4] واختلف قوله في الزبيب، فمرة قال: يخرج منه نصف صاع، ومرة قال: لا يجزئه منه إلا الصاع الكامل[5].

وصاع النبي عليه السلام: أربعة أمداد بمده عليه السلام، والمد رطل وثلث بالبغدادي والصاع خمسة أرطال وثلث[6].

وقال أبو حنيفة: المد رطلان بالبغدادي، والصاع ثمانية أرطال

---

(1) ن: التفريع 1 / 296، ورؤوس المسائل لابن القصار 41، والتلقين 52، والإشراف 188 - 189، والكافي 1 / 280، والتمهيد 4 / 127 - 128، 131، 134، 136، والمنتقى 2 / 186 - 189، والمقدمات 1 / 339، والبداية 1 / 475، والقوانين الفقهية 99.

(2) ن: الأم 2 / 72، والتنبيه 61، والوجيز 1 / 99، وفتح العزيز مع المجموع 6 / 194، وفيه: «الواجب في الفطرة من كل جنس يخرجه صاع وبه قال مالك وأحمد خلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه إذ قال يكفي من الحنطة نصف صاع..»، والمجموع 6 / 128، وفيه: «اتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على أن الواجب في الفطرة عن كل إنسان صاع بصاع رسول اللّه ﷺ، وهو خمسة أرطال وثلث بالبغدادي من أي جنس أخرجه سواء الحنطة وغيرها»، وانظر أيضًا: رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 108.

(3) البُرّ حب القمح. واحدته بُرّة. ن: القاموس الفقهي 36.

(4) ن: المبسوط 3 / 112 - 113، والبدائع 2 / 72، ط2. 1974.

(5) قال في المبسوط 3 / 113: «وأما من الزبيب يتقدر الواجب نصف صاع عند أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى، ذكره في الجامع الصغير، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يتقدر بصاع وهو رواية أسد بن عمر، والحسن عن أبي حنيفة رحمهما اللّه تعالى». وانظر: البدائع 2 / 72. ط2. 1974.

(6) ن: المجموع 6 / 128، ورؤوس المسائل لابن القصار 40 - 41، والكافي 1 / 280، والمنتقى 2 / 186.

بالبغدادي[1].

واحتج أصحابه على جواز إخراج نصف صاع من قمح بحديث ثعلبة[2] أن النبي ﷺ فرض صدقة الفطر صاعًا من بر على كل اثنين»[3].

قالوا: وروى ابن عمر[4] أن النبي ﷺ قال: «صدقة الفطر صاع[5] من تمر، أو صاع[6] من شعير، أو مدان من حنطة»[7]، قالوا: وعن ابن عباس[8]: «أو نصف صاع من بر»[9]، قالوا: وروى عمرو[10] بن شعيب عن أبيه[11] عن

---

(1) قال في البدائع 2 / 73، ط2. 1974: «والصاع ثمانية أرطال بالعراقي عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل بالعراقي وهو قول الشافعي»، ثم قال: «ولهما (أي لأبي حنيفة ومحمد) ما روي عن أنس رضي اللّه عنه أنه قال: كان رسول اللّه ﷺ يتوضأ بالمد والمد رطلان ويغتسل بالصاع والصاع ثمانية أرطال» وهذا نص.

(2) هو ثعلبة بن صُعير أو ابن أبي صعير، ويقال ثعلبة بن عبد اللّه بن صعير العذري. خرج له أبو داود، روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه، مختلف في صحبته. ن: الخلاصة 57.

(3) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب من روى نصف صاع من قمح، بروايات سماه في بعضها ثعلبة بن عبد اللّه، وفي بعضها الآخر: عبد اللّه بن ثعلبة، ونص حديثه بتمامه في بعض هذه الروايات: «عبد اللّه بن ثعلبة ـ أو ثعلبة بن عبد اللّه ـ بن أبي صعير، عن أبيه، قال: قال رسول اللّه ﷺ: صاع من بر، أو قمح على كل اثنين، صغير أو كبير، حر أو عبد، ذكر أو أنثى، أما غنيكم فيزكيه اللّه، وأما فقيركم فيرد اللّه عليه أكثر مما أعطاه».

(4) تقدمت ترجمته.

(5) في الأصل: صاعًا.

(6) في الأصل: صاعًا.

(7) أخرجه الشيخان بلفظ ليس فيه: «أو مدان من حنطة، وإنما فيه: «فجعل الناس عِدله مدين من حنطة»، أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب صدقة الفطر صاعًا من تمر، ومسلم في كتاب الزكاة، باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير، وأخرجه النسائي في كتاب الزكاة باب فرض زكاة رمضان على المملوك. ولم أقف عليه بلفظ المؤلف.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة، باب من روى نصف صاع من قمح، والنسائي في كتاب الزكاة. باب مكيلة زكاة الفطر.

(10) تقدمت ترجمته.

(11) تقدمت ترجمته.

جده[1] أن رسول اللّه ﷺ أمر مناديه أن ينادي، ألا إن صدقة الفطر مدان من قمح»[2]، قالوا وبه قال: أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وابن الزبير[3]، وأبو هريرة[4]، وقيس[5] بن سعد، ولا مخالف لهم[6].

قالوا: ولأن زكاة الفطر، لما تعلقت بالأجناس، جاز أن تختلف[7] مقاديرها، اعتبارًا بزكاة الأموال.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع[8] عن ابن عمر[9] «أن رسول اللّه ﷺ: فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر، أو صاعًا من بر على كل حر أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين»[10].

وعن أبي هريرة[11] أن رسول اللّه ﷺ فرض صدقة الفطر صاعًا من قمح»[12]، وفي حديث أبي سعيد الخدري[13]، قال: «كنا نخرج زكاة الفطر

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) أخرجه الترمذي في أبواب الزكاة باب ما جاء في صدقة الفطر، وقال: هذا حديث غريب حسن.

(3) هو أبو جعفر عبد اللّه بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي. خرج له الستة وغيرهم. روى عن أبي بكر وعمر وعلي وعثمان وأبيه، وروى عنه أخوه عروة، وبنوه، والجم الغفير رضي اللّه عنه ورحمه. قتل سنة 73هـ وعمره 73 سنة. ن: الرياض 202.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) سيذكر المؤلف قريبًا أنه قد خالفهم ابن عباس، وأبو سعيد الخدري، وابن الزبير.

(7) في الأصل: أو تختلف.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) تقدم تخريجه.

(11) تقدمت ترجمته.

(12) أخرجه الدارقطني في كتاب زكاة الفطر من طريق بكر بن الأسود بلفظ قريب هذا نصه: «عن أبي هريرة أن النبي ﷺ حض على صدقة رمضان، على كل إنسان صاع من تمر، أو صاع من شعير، أو صاع من قمح» ثم قال: «بكر بن الأسود ليس بالقوي». وقال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 144: «وأما سليمان ابن حسين (رجل في سنده) فالأكثر على تضعيفه في روايته عن الزهري».

(13) تقدمت ترجمته.

على زمان رسول اللّه ﷺ، صاعًا من طعام، أو صاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من أقط، أو صاعًا من زبيب»، قال أبو سعيد[1]: «فلم نزل كذلك حتى قدم علينا [معاوية حاجًا أو معتمرًا][2]، فكان فيما كلم به الناس، قال: ما أرى مدين من تمر الشام إلا يعدل صاعًا[3] من هذه الأجناس» فأخذ الناس بذلك، وامتنع من ذلك أبو سعيد[4]، وقال: «لا أزال أخرج كما كنت على عهد رسول اللّه ﷺ»[5]. وهذا من أبي سعيد[6] احتجاج على أن إخراجها على عهد رسول اللّه ﷺ صاعًا كاملاً، وقال في موضع آخر: «تلك [قيمة][7] معاوية[8]، لا أقبلها، ولا أعمل بها»[9].

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) في الأصل، رسول اللّه ﷺ، وهو خطأ، وصوابه كما في كتب الستة جميعًا مع بعض الاختلاف اليسير جدًا: «معاوية بن أبي سفيان حاجًا أو معتمرًا، فكلم الناس على المنبر»، وما أثبتناه هو جمع بين تلك الروايات.

(3) في الأصل: صاعين والظاهر أنه خطأ. والصواب ما في الصحيحين والسنن الأربعة، وهو ما أثبتناه.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) أخرجه الستة بألفاظ قريبة في كتاب الزكاة: البخاري في باب صاع من زبيب، والإمام مسلم في باب زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير، وأبو داود في باب كم يؤدى في صدقة الفطر، والترمذي في باب ما جاء في صدقة الفطر، والنسائي في مكيلة زكاة الفطر باب الزبيب، وابن ماجة في باب صدقة الفطر.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

(8) هو أبو عبد الرحمن معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب الأموي، أسلم زمن الفتح. خرج له الستة. روى عنه أبو ذر مع تقدمه، وابن عباس، ومن التابعين جبير بن نفير، وابن المسيب وخلق. توفي سنة 60هـ. ن: الرياض 254، والخلاصة 381.

(9) أخرجه ابن ماجة في كتاب زكاة الفطر. وهذا نص لفظه بتمامه: «قال أبو سعيد وذكروا عنده صدقة رمضان فقال: لا أخرج إلا ما كنت أخرج على عهد رسول اللّه ﷺ: صاعًا من تمر، أو صاعًا من حنطة، أو صاعًا من شعير أو صاعًا من أقط. فقال له رجل من القوم: أو مدين من قمح. قال: لا، تلك قيمة معاوية، لا أقبلها، ولا أعمل بها»، وذكر في نصب الراية 2 / 417، أن الحاكم أخرجه أيضًا في مستدركه، وصححه بنفس السند والمتن.

ولأنه قوت يخرج في صدقة الفطر، فوجب أن يقدر بصاع، اعتبارًا بالشعير والتمر.

ولأنه عليه السلام نص على الحبوب وهي مختلفة القيم في البلدان، وقد[1] تكون قيمة التمر أكثر من قيمة الشعير، أو قيمة الزبيب أكثر من قيمة التمر. وهي مع ذلك متفقة في المقدار المعتبر في الإخراج. فلو جاز ما قالوه، لأدى ذلك إلى أن يجب على كل مكلف أكثر مما يجب على آخر، وذلك في الفرائض والسنن باطل بالإجماع.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث ثعلبة[2]، فمختلف عنه فيه[3]. والمختلف فيه لا يكون حجة في محل النزاع.

وأما حديث ابن عمر[4]، فقد روى عنه نافع[5] خلاف ما رووه، وهو: «صاع من تمر، أو صاع من شعير»[6] فجعله الناس عنه نصف صاع من بر[7]. وهذا دليل على أن التعديل بنصف صاع إنما أحدث بعد موت النبي ﷺ.

وحديث ابن عباس[8] حدث به عنه الحسن[9]، والحسن لم يسمع من ابن عباس شيئًا، فهو مرسل؛ وقد اختلف العلماء في قبول المراسيل[10]، ولأن

---

(1) في الأصل: أو قد.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) من جهتين: من جهة اسم أبي صعير أحد رواته، فروي مرة ثعلبة بن أبي صعير، ومرة عبد اللّه بن أبي صعير، ومرة عبد اللّه بن أبي ثعلبة بن أبي صعير، ومرة ثعلبة بن عبد اللّه بن أبي صعير. ومن جهة اللفظ، فقد ورد فيه صاع من قمح أو بر عن كل رأس، وصاع من بر أو قمح بين كل اثنين، ونصف صاع من بر. ن: نصب الراية 2 / 406 - 410.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب كم يؤدي في صدقة الفطر. وانظر: نصب الراية 421 - 422.

(7) كما صرح بذلك البخاري ومسلم فيما تقدم.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) هو الحسن البصري، وقد تقدمت ترجمته.

(10) فمنهم من قال به كمالك ومنهم من رده كالشافعي باستثناء مراسيل ابن المسيب، أو بعد توفر=

ابن عباس[1] يخالف هذا الحديث، قال أبو رجاء[2]: «سمعت ابن عباس يخطب على المنبر، يقول: صدقة الفطر صاع من طعام»[3].

وكل ما احتجوا به من الأخبار، فهو معارض بأخبارنا، وأخبارنا أولى بالقبول، لأنها زائدة على أخبارهم، وزيادة العدل الثقة المأمون مقبولة[4].

وما ادعوه عن الخلفاء الأربعة، ومن ذكروه معهم، وألا مخالف لهم. فهو باطل ومجرد دعوى بغير برهان، كيف وقد روي عن ابن عباس[5]، وأبي سعيد الخدري[6]، وابن الزبير[7] خلاف ما نسبوه من القول إلى الخلفاء، ومن ذكروه معهم[8].

وقياسهم على زكاة الأموال. باطل بالشعير والتمر، لأنهما[9] جنسان، ومقدار[10] الزكاة فيهما واحد غير مختلف.

وقولهم في الصاع أنه ثمانية أرطال، باطل لإجماع أهل المدينة على خلاف ذلك[11].

= شروط معينة فيه.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) هو أبو رجاء العطاردي عمران بن ملحان ويقال ابن تيم البصري، مخضرم، أسلم بعد فتح مكة، وأدرك ولم ير. خرج له الستة، روى عن عمر وعلي وعائشة، وروى عنه أيوب وعوف الأعرابي، وجرير بن حازم، له علم بالقرآن، ووثقه ابن معين. مات سنة 117هـ. ن: الخلاصة 296، وطبقات الحفاظ 32.

(3) أخرجه النسائي في كتاب الزكاة باب مكيلة زكاة الفطر.

(4) ن: التبصرة 321، وهامش رقم 1.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) وهم ابن الزبير وأبو هريرة، وقيس بن سعد: كما تقدم.

(9) في الأصل: لأنها.

(10) في الأصل: وقد.

(11) ن: المنتقى 2 / 186، وفيه: «والدليل على ما ذهب إليه مالك نقل أهل المدينة المتصل رواه خلفهم عن سلفهم، وروته أبناؤهم عن آبائهم»، وانظر أيضًا: الانتصار 4.

مسألة [95]:

[في الزوج هل تلزمه زكاة الفطر عن زوجته المسلمة أم لا]

ويلزم الرجل إخراج زكاة الفطر عن زوجته المسلمة، وإن كانت موسرة[1]. [2]. وبه قال **الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه شيء من ذلك[4].

واحتج أصحابه بالحديث[5]: أن رسول الله [هـ 97] ﷺ فرض زكاة الفطر من رمضان على كل حر أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين[6]؛ قالوا: وظاهر هذا الخبر يقتضي وجوب ذلك عليها عن نفسها.

ولأنها لما كانت مخاطبة بإخراج زكاة الفطر عن رقيقها، وجب أن تكون مخاطبة بذلك عن نفسها. دليله: الرجل.

ولأنه لما لم يلزم الزوج إخراج زكاة الفطر عن رقيقها، لم يلزمه إخراجها عنها اعتبارًا بالأجنبية.

ولأن منافعها مستحقة بعوض، فلم يلزم مستحقها إخراج زكاة الفطر عنها. دليله الأجير.

---

(1) موسرة: غنية.

(2) ن: التفريع 1 / 295 - 296، ورؤوس المسائل لابن القصار 40، والتلقين 51 - 52، والإشراف 1 / 186، والكافي 1 / 279 - 280، والمنتقى 2 / 184، والتمهيد 4 / 330 - 334، والمقدمات 1 / 334، والبداية 1 / 471 - 472، والقوانين الفقهية 99.

(3) ن: الأم 2 / 68، والتنبيه 60، والوجيز 1 / 98، وقال في المجموع 6 / 118: «مذهبنا وجوبها على الزوج، وبه قال علي بن أبي طالب، وابن عمر ومالك، والليث، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور».

(4) ن: القدوري 23، والمبسوط 3 / 105، ورؤوس المسائل للزمخشري 219، والبدائع 2 / 72. ط2. 1974. وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف والثوري، واختيار ابن المنذر. ن: المجموع 6 / 118، ورؤوس المسائل لابن القصار 40.

(5) هكذا في الأصل ولعل الصواب: بحديث.

(6) تقدم تخريجه من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

ولأنها زكاة، فلم يجب على الزوج إخراجها عنها[1] من ماله، اعتبارًا بزكاة الأموال.

ولأنها عبادة متعلقة بمال، فلا يجب على الزوج إخراجها، اعتبارًا بالكفارات.

والدليل على صحة ما قلناه: الحديث المشهور: «أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر، أو صاعًا من شعير» الحديث بطوله، وقال فيه عليه السلام: «عمن تمونون»[2] فالزوجة ممن يلزمه مؤونتها، فوجب عليه إخراج زكاة الفطر عنها اعتبارًا برقيقه[3]، وأم ولده، ولأنها[4] من أهل الطهرة، فوجب أن تلزم فطرتها من يلزمه مؤونتها إذا كان قادرًا على ذلك. أصله الولد الصغير.

ولأنه التزم نفقتها بسبب يوجب التوارث من الطرفين، فوجب أن تكون فطرتها على من لزمته النفقة الراتبة[5] إذا كانا جميعًا من أهل الطهرة. أصله: الأبوان، والولد الصغير.

ولأنها مستباحة البُضْع[6] بالعقد، فأشبهت الأمة.

---

(1) في الأصل: عنه.

(2) حديث: «أن النبي ﷺ فرض زكاة الفطر صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير»، تقدم تخريجه من حديث ابن عمر رضي اللّه عنه وأما الحديث الذي فيه «عمن تمونون»، فأخرجه الدارقطني في كتاب زكاة الفطر عن ابن عمر رضي اللّه عنه، وهذا نص لفظه بتمامه: «عن ابن عمر قال: أمر رسول اللّه ﷺ بصدقة الفطر عن الصغير والكبير، والحر والعبد ممن تمونون»، ثم قال: «رفعه القاسم (أحد رجال سنده) وليس بقوي، والصواب: موقوف»، وانظر التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 141 - 142 وأخرجه الشافعي في الأم 2 / 67، من رواية جعفر بن محمد عن أبيه.

(3) الرقيق: المملوك.

(4) في الأصل: لأنه.

(5) النفقة الراتبة: النفقة اللازمة، المنتظمة.

(6) البُضْع يطلق على عقد النكاح، وعلى الجماع، وعلى فرج المرأة، ومنه الحديث الشريف: «تستأمر النساء في أبضاعهن». ن: القاموس / بضع، والقاموس الفقهي 38، ولغة الفقهاء 108.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من ظاهر الخبر وعمومه، فهو مخصوص بقوله عليه السلام: «عمن تمونون»[1].

وما احتجوا به من وجوب زكاة الفطر عليها عن رقيقها، فهو دليل لنا، لأنها لما التزمت مؤونتهم بالنفقة عليهم، وجب عليها الإخراج عنهم، فكذلك الزوج لما عقد عليها، والتزم مؤونتها والنفقة عليها، وجب عليه إخراج الفطرة عنها، كما لزمتها[2] هي عن رقيقها.

وقياسهم الزوجة على الأجير غير صحيح أيضًا، لأن النفقة على الزوجة وُصْلة[3] منه لها، لما جعل اللّه بينهما من المودة والرحمة، كما أخبر تعالى في كتابه[4]، وليست[5] نفقته عليها ـ وإن كانت معاوضة ـ من باب المعاوضات المحضة [وليس الأجير كذلك][6] فافترق بهذا حكم الزوجة من[7] حكم الأجير.

وقياسهم زكاة الفطر على زكاة المال. غير صحيح. لأن زكاة المال طريقها طريق العبادات فتلزم[8] الإنسان في نفسه. وإخراج زكاة الفطر عن الزوجة طريقها طريق المؤن، فتكون تابعة للنفقة. ألا ترى أنهم يوجبون على اليتيم زكاة الفطر في ماله، ولا يوجبون عليه زكاة المال.

وقياسهم الفطرة على الكفارات. غير صحيح. لأنه لا يلزمه إخراج

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: لزمها.

(3) الوُصْلَة: الاتصال، والاجتماع، ومبادلة المحبة، يقال بينهما وصلة أي اتصال. ن: لغة الفقهاء 504، واللسان/ وصل، والقاموس الفقهي 380.

(4) الإشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: 21].

(5) في الأصل: وليس.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) هكذا في الأصل.

(8) في الأصل: فلزم.

الكفارة عن والديه الفقيرين، ولا عن عبده، ويلزمه إخراج زكاة الفطر عنهما[1]، والنفقة عليهما[2]. والله أعلم.

***

(1) في الأصل: عنها.
(2) في الأصل: عليها.

مسألة [96]:

[في الحر المسلم هل عليه إخراج زكاة الفطر عن عبده الكافر أم لا]

لا يجب على الحر المسلم أن يخرج زكاة الفطر عن عبده الكافر[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: بل يلزمه أن يخرج عنه[3].

واحتج أصحابه بعموم قوله عليه السلام: «عمن تمونون»[4]، فعم ولم يخص مسلمًا من كافر.

قالوا: ولأن العبد الكافر إذا اشتراه للتجارة، فإن زكاة القيمة تجب عليه فيه مع جملة مال التجارة، وإذا كان ذلك كذلك، فليس كون العبد كافرًا بالذي

---

(1) ن: التفريع 1 / 295، ورؤوس المسائل لابن القصار 40، والتلقين 52، والإشراف 1 / 187، والكافي 1 / 280، والتمهيد 14 / 314، 317 ـ 318، و17 / 142 - 196، والمنتقى 2 / 185، والمقدمات 1 / 334، والبداية 1 / 472 - 473، وفيها: «فقال مالك والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة، وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه»، وانظر أيضًا: القوانين الفقيهة 99.

(2) ن: الأم 2 / 67 - 68، والتنبيه 60، والوجيز 1 / 98، وقال في المجموع 6 / 118: «قال الشافعي والأصحاب: ولا يلزمه إلا فطرة مسلم، فإذا كان له قريب أو زوجة أو مملوك كافر، لم يلزمه نفقتهم، ولا يلزمه فطرتهم بلا خلاف عندنا، وبه قال علي بن أبي طالب، وجابر بن عبد الله، وابن المسيب، والحسن البصري، ومالك وأحمد وأبو ثور، قال ابن المنذر: وبه قال عطاء ومجاهد، وسعيد بن جبير، وعمر بن عبد العزيز والنخعي، والثوري، وقال أبو حنيفة وأصحابه وإسحاق «تجب عن عبده وقريبه».

(3) ن: القدوري 23، وقال في المبسوط 3 / 103: «ويؤدي المسلم عن مملوكه الكافر عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يؤدي عنه، وهذه المسألة تنبني على أصل وهو الوجوب عندنا على المولى عن عبده، فتعتبر أهلية المولى، وعنده الوجوب على العبد، ثم يتحمل المولى عنه، فيعتبر كون العبد أهلاً للوجوب»، وانظر أيضًا: البدائع 2 / 70، ط2. 1974، وهو قول الأصحاب وإسحاق. ن: المجموع 6 / 118.

(4) تقدم تخريجه.

يمنع من وجوب الفطرة، لأن الاعتبار إنما هو بالسيد المزكي عن العبد، لا بالعبد.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث ابن عباس[1] قال: «فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو[2] والرَّفَث[3]، وطعامًا للمساكين[4] فانتفى بهذا الحديث وجوب إخراجها عن الكافر لأنه ليس بصائم، ولا تكون طهرة له، وقد قال عليه السلام: «عن كل حر أو عبد، ذكر أو أنثى من المسلمين». فكان الكافر في هذا بخلاف المسلم.

ولأن العبد لو كان حرًا كافرًا لم يلزمه طهرة نفسه، فبأن لا يلزمه طهرة غيره أولى وأحرى.

ولأن الاعتبار بالمؤدى عنه، لا بالمؤدي عنه. [ولأنه][5] ليس من أهل الطهرة عن ولده المسلم، ولا يلزمه إخراجها عن ابنه الكافر، لأن المؤدى عنه ليس من أهل الطهرة[6].

ولأن ولد المسلم لو ارتد لسقطت فطرته عن أبيه، لأن الولد صار من غير

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) اللغو: ضم الكلام إلى ما هو ساقط العبرة منه وهو الذي لا معنى له في حق ثبوت الحكم. ن: التعريفات 192، والطلبة 141، والنظم المستعذب بهامش المهذب 2 / 128، ولغة الفقهاء 392، والقاموس الفقهي 330.

(3) الرَّفَث: الفحش من الكلام، وكان ابن عباس رضي اللّه عنه يخصصه بما يخاطب به النساء، ويطلق على الجماع أيضًا، ومنه قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾ [البقرة: 187] ن: القاموس الفقهي 150، والمغرب 192.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب الزكاة باب زكاة الفطر، وابن ماجة في كتاب الزكاة باب صدقة الفطر. والحاكم في كتاب الزكاة باب زكاة الفطر، طهرة للصائم. ونص الحديث بتمامه: «فرض رسول اللّه ﷺ زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات».

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) هذه الفقرة ابتداء من قوله: «ولأنه ليس من أهل الطهرة...» لا تخلو من اضطراب وغموض، ويحتمل أنه سقط منها شيء عند النسخ.

أهل الطهرة. وهذا عندنا في الابن البالغ الزَّمِن[1] إذا كان فقيرًا. وكذلك يقول أبو حنيفة في ابن المسلم الصغير إذا ارتد، فإن ردته عنده صحيحة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من عموم قوله عليه السلام: «عمن تمونون»[2]. فهو [مقاوم][3] بقوله عليه السلام: «من المسلمين»[4].

وقياسهم على زكاة التجارة. باطل، لأن زكاة مال التجارة وغيره مما يزكى من الأموال طهرة للسيد المزكي، وزكاة الفطر طهرة للذي يخرج.

***

---

(1) الزَّمِنُ: هو المريض مرضًا طويلاً، وقيل هو الذي أصابته آفة أضعفت حركته، وإن كان شابًا. ن: القاموس الفقهي 160، وقال المطرزي: الزمن الذي طال مرضه زمانًا. ن: المغرب 210.

(2) تقدم تخريجه.

(3) في الأصل: مقدم، وهو تصحيف ظاهر.

(4) تقدم تخريجه في فرض زكاة الفطر من حديث ابن عمر رضي اللّه عنه.

باب قسم الصدقات

مسألة [97]:

[في الزكاة هل تقسم أثمانًا على حسب مصاريفها أو على الاجتهاد حسب ما يراه الإمام]

ولا تقسم الصدقات أثمانًا، وإنما على الاجتهاد، وعلى حسب ما يراه الإمام، فيؤثر أهل الحاجة على غيرهم[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: تقسم أثمانًا[3].

واحتج أصحابه، بقوله عز وجل: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا . . . ﴾ [التوبة: 60][4] الآية.

قالوا: فقوله للفقراء يقضي بثبوت الحق لهم، وقوله: والمساكين معطوف على الفقراء، فثبت أصل الاستحقاق بالتشريك بينهم وبين من ذكر بعدهم من الأصناف الثمانية بمقتضى[5] الآية.

قالوا: ولأن اللّه سبحانه أضاف الحق إليهم بلام التمليك، وأشرك بينهم

---

(1) ن: التفريع 1 / 298، ورؤوس المسائل لابن القصار 41، والإشراف 1 / 190 - 191، والتلقين 52، والكافي 1 / 284، والمنتقى 2 / 151 - 152، والبداية 1 / 462 - 463، والقوانين الفقهية 98.

(2) قال في المبسوط 3 / 10: «ثم هؤلاء الأصناف مصاريف للزكاة لا مستحقون لها عندنا حتى يجوز الصرف إلى واحد منهم، وقال الشافعي رحمه اللّه تعالى: هم مستحقون لها حتى لا تجوز ما لم تصرف إلى الأصناف السبعة من كل صنف ثلاثة». وانظر البدائع 2 / 46، ط2. 1974. وبه قال الحسن والثوري والشعبي وأبو حنيفة وأصحابه. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 41.

(3) ن: التنبيه 64، والمجموع 6 / 216 - 217 وهو قول عكرمة وعمر بن عبد العزيز. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 41.

(4) وتمام الآية: ﴿ وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَٰرِمِينَ وَفِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾.

(5) في الأصل: يقتضي.

بواو التشريك، فوجب أن تقع القسمة أثمانًا كما قدمنا دليله: ما إذا كانوا ملاكًا وأشراكًا[1].

وحرروا القياس، فقالوا: حق مضاف إلى أصناف بأوصاف، فثبت أصل الحق لهم، فلا يجوز أن يحرم بعضهم ويعطي البعض. دليله: ما إذا أوصى بثلث ماله لزيد وعمر وخالد وبكر؛ حيث يقسم بينهم بالسوية، فكذلك مسألتنا.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ إِن تُبْدُوا۟ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ [البقرة: 271] [هـ 98]، وظاهر الآية أنه إذا صرفها للفقراء فحسب أجزأه.

ولا يجوز أن تحمل الآية على صدقة التطوع، لأن الصدقات المذكورة في كتاب اللّه محمولة على الفرائض، بدليل قوله عز وجل: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَـٰكِينِ ﴾ [التوبة: 60]، وقوله تعالى لنبيه عليه السلام: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ [التوبة: 103].

ولأن الإمام لو صرفها إلى صنف واحد من الأصناف الثمانية على جهة الاجتهاد لأجزأ ذلك، فكذلك رب المال إذا صرفها لصنف واحد، وجب أن تجزئه، لأنه نائب[2] عن الإمام.

ولأنه لو اجتمع وصفان من هذه الأوصاف في شخص صنف واحد، جاز صرف نصيبين من الزكاة إليه، فكذلك إذا صرفت إلى شخصين.

ولأنه حق يتكرر في المال كل سنة، فلم يجز اعتبار الأصناف فيه كالجزية.

ولأنه صنف منصوص عليه، فجاز أن يصرف جميعها إليه، أو ما يراه الإمام. دليله: العاملين عليها والمؤلفة قلوبهم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الآية، فهو منتقض عليهم بسهم المؤلفة قلوبهم، ولأن سهمهم عندهم يرد على بقية السهام السبعة. وإذا رد على بقية

---

(1) أشراكًا: شركاء، ومفرد أشراك: شِرْك بمعنى شريك. ن: اللسان / شرك.

(2) في الأصل: تائب.

السهام السبعة بطل ما قالوه من التثمين.

وينتقض عليهم أيضًا بسهم العاملين عليها لأنهم لا يعطون الثُّمُن فريضة، لا يزادون عليه ولا ينقصون منه، بل إنما يعطون على الاجتهاد، فكذلك يجب أن يكون سائر الأصناف المذكورين في الآية. وهذا الذي قلناه هو مذهب: عمر، وابن عباس[1]، وجماعة[2] من العلماء رضي الله عنهم، ومن المحال الظاهر أن يذهب عنهم وجه الصواب في هذه المسألة مع كثرة تكررها عليهم، وكيف كان رسول الله ﷺ يفعل في قسمتها. هذا من المحال الذي لا إشكال فيه.

ولو قسمها عليه السلام أثمانًا لنقل ذلك نقلاً مستفيضًا، ولم ينقله أحد، فعلم بذلك ضعف ما قالوه.

وأما قولهم: أضاف الحق إليهم بلام التمليك. فكذلك نقول: إنه حق مضاف إليهم، ولا يجوز أن يخرج عنهم إلى غيرهم. وإنما اختلافنا في كيفية القسمة.

وقولهم: وأشرك بينهم بواو التشريك. ليس بشيء، لأن المقصود من النسق بالواو في الآية الإخبار عن محلها الذي توضع فيه دون تحديد الشيء المأخوذ؛ على أنه ينتقض عليهم بآية[3] الظهار، لأنهم جعلوا الواو فيها للترتيب، وجعلوها ها هنا للتشريك، وهو تناقض ظاهر[4].

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) كالحسن والثوري والشعبي، وغيرهم. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 41.

(3) المراد الآيتان: 3 و4 من سورة المجادلة. وهما: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۞ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۗ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾. والملاحظ أنه ليس فيهما واو لا للتشريك ولا لغيره.

(4) دعوى التناقض هنا لا تخلو من غلو وضعف، وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن آية الظهار ليس فيها واو لا للتشريك ولا لغيره وإنما فيها الفاء.

والوجه الثاني: أن الترتيب فيها ظاهر ليس بالفاء فقط، وإنما بنسق الكلام أيضًا: فمن لم يجد... فمن لم يستطع فالانتقال من خصلة إلى أخرى لا يتم إلا بعد الفقر أو العجز. =

وأما قياسهم واستشهادهم لصحة مذهبهم بمسألة من أوصى بثلث ماله لزيد وعمر وخالد، [وبكر][1]، فإنه لا يجوز تفضيل أحدهم على غيره. فغير لازم. لأن أحد الموصى لهم إذا لم يوجد، أو وجد وامتنع من الأخذ، رجع نصيبه إلى ورثة[2] الموصي. ولا يجوز [رد][3] نصيبه إلى من أوصى لهم معه. وليس كذلك الزكاة، لأنه إذا عدم صنف ممن يستحقها، رد نصيبه إلى صنف غيره، ولا يرد إلى رب المال الذي هو المزكي. وكل ما فرقوا به بين الزكاة والوصية. فهو نفس فرقنا.

ولأن الموصي بثلث ماله لنفر. لا نعلم السبب الذي لأجله أوصى لهم، فلم يجز[4] لذلك تفضيل بعضهم على بعض، لفقد معرفة السبب الذي أثار منه الوصية.

* * *

= ولعل الآية التي قصد المؤلف رحمه الله، وصحفها الناسخ كما يقع منه كثيرًا، هي: آية الوضوء التي في سورة المائدة: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين..﴾. والله أعلم.

(1) تكملة يقتضيها السياق ويدل عليها ما سبق في قول المخالفين.

(2) الأصل: ورثته.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: يجر ذلك.

كتاب الحج

مسألة [98]:

[في الاستطاعة في الحج ما هي]

ومن قدر على الحج ببدنه، لزمه فرضه، ولم يسقط عنه إما راكبًا، وإما راجلاً، وليست الاستطاعة المال[1]. **وبه قال ابن الزبير**[2]، **وعطاء**[3]، **والضحاك**[4].

وقال أبو حنيفة والشافعي: الاستطاعة الزاد والراحلة، فمن عدمهما أو أحدهما لم يلزمه فرض الحج[5].

---

(1) ن: التفريع 1 / 315. وقال في رؤوس المسائل 58: «ومن قدر على الوصول إلى البيت ببدنه لزمه فرض الحج وإن لم يجد الراحلة، وهو بمنزلة من وجدها، ولا يقوى على المشي، وقال بذلك الضحاك وعكرمة. وقال أبو حنيفة، والثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق: وجود الراحلة شرط، فإن لم يجدها لم يجب عليه فرض الحج»، وانظر: الإشراف 1 / 216، والكافي 1 / 309، والتلقين 62، وفيه تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، والتمهيد 9 / 125 - 131، والمقدمات 1 / 380 - 381، والبداية 1 / 543 - 544، والقوانين 112.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) المسمون بهذا الاسم كثيرون، ولعل المراد منهم هو:
أبو القاسم الضحاك بن مزاحم الهلالي الخراساني، روى عن أبي هريرة، وابن عباس، وأبي مسعود، وابن عمر، وزيد بن أرقم، وأنس. وعنه عبد الرحمٰن بن عوسجة، وعبد العزيز بن أبي رواد، وخلق. خرج له الأربعة، وثقه أحمد وابن معين وغيرهما، مات 105هـ. ن: الخلاصة 177.

(5) ن: البدائع 1 / 120 - 122، والوجيز 1 / 109، وفتح العزيز مع المجموع 7 / 9 - 14، وقال في الأم 2 / 123: «الاستطاعة وجهان: أحدهما أن يكون الرجل مستطيعًا ببدنه واجدًا من ماله ما يبلغه الحج، فتكون الاستطاعة تامة، ويكون عليه فرض الحج لا يجزئه ما كان بهذا الحال إلا أن يؤديه عن نفسه، والاستطاعة الثانية أن يكون مضنوًا في بدنه لا يقدر أن يثبت على مركب فيحج على المركب بحال، وهو قادر على من يطيعه إذا أمره أن يحج عنه=

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97].

قالوا: ففي هذه الآية دليلان: أحدهما من حيث المعقول، والآخر من حيث البيان.

أما [المعقول][1] فهو أن الأمر إذا ورد مطلقًا بالوجوب، تضمن القدرة البدنية على فعل الشيء المأمور به حتى يكون كالمنطوق به. قالوا: فقوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: 97] كاف بمجرده فيما قلناه، وقوله: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97] أمر زائد على قدرة البدن، فصح ما قلناه.

وأما البيان فهو أن الله تعالى اشترط الاستطاعة في وجوب الحج، ولم يبينها ولا ذكر جنسها، فوردت السنة بتفسيرها، فروى محمد[2] بن عباد بن[3] جعفر عن ابن[4] عمر، قال: لما أنزل الله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97] قام رجل، فقال: يا رسول الله، ما السبيل؟ قال: «زاد وراحلة»[5]. قالوا: وهذا نص في موضع الخلاف، وروى

= بطاعته له، أو قادر على مال يجد من يستأجره ببعضه فيحج عنه، فيكون هذا ممن لزمته فريضة الحج كما قدر، ومعروف في لسان العرب أن الاستطاعة تكون بالبدن وبما يقوم مقام البدن.

وبقول أبي حنيفة والشافعي قال عمر وابن عباس والحسن البصري، وسعيد بن جبير، ومجاهد، وإليه ذهب أحمد وإسحاق والثوري، وابن حبيب من المالكية. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 58، والتمهيد 9 / 126، والبداية 1 / 543، والقوانين 112.

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) هو محمد بن عباد بن جعفر بن رفاعة المخزومي المكي. خرج له الستة، روى عن عائشة وأبي هريرة، وابن عمر، وعنه ابنه جعفر والزهري وابن جريج وطائفة. وثقه ابن معين. ن: الخلاصة 343.

(3) في الأصل: عن أبي جعفر، والظاهر أنه خطأ، والتصويب من سنن الترمذي. ن: أبواب الحج. باب ما جاء في التغليظ في ترك الحج، عند روايته لحديثه عن ابن عمر رضي الله عنه، وكذا ما في الخلاصة 343.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) أخرجه الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة بلفظ هذا=

الحديث عن علي: أن النبي ﷺ قال: «من ملك زادًا وراحلة تبلغه إلى بيت الله فلم يحج، فلا عليه إن شاء أن يموت يهوديًا أو نصرانيًا»[1].

قالوا: ولأنه عاجز عما يقطع به المسافة الشاقة غالبًا، فلم يلزمه فرض الحج كالعاجز عن المشي، أو العادم للزاد وليس من عادته السؤال.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]. فأوجب الحج على من حصل الاستطاعة[2] وهي القدرة على الفعل بأي وجه كان، وهي الاستطاعة الحقيقية عند أهل اللغة. والدليل على ذلك قوله عز وجل: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا۟ أَن تَعْدِلُوا۟ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: 129].

وقوله: ﴿إِنَّكَ لَن تَسْتَطِيعَ مَعِىَ صَبْرًا﴾ [الكهف: 75 , 72 , 67]، وقوله: ﴿مَا كَانُوا۟ يَسْتَطِيعُونَ ٱلسَّمْعَ وَمَا كَانُوا۟ يُبْصِرُونَ﴾ [هود: 20].

وأما الاستطاعة بالمال فهي استطاعة مجازية. وإذا تعارض في الحكم حقيقة ومجاز، كانت الحقيقة مقدمة على المجاز.

والحرف الوجيز: هو أنه ليس فيها تفرقة بين المستطيع بماله أو ببدنه. فبأي شيء استطاع أن يفعل الحج، لزمه ذلك، ويعضد هذا قوله [هـ 99] ﷺ: «حجوا قبل أن لا تحجوا»[3] فأطلق الأمر ولم يقيده باستطاعة بدن ولا مال.

ولأن الحج فرض على البدن دون المال، بدليل أن الفقير الذي لا مال

= نصه: «جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله ما يوجب الحج؟ قال: «الزاد والراحلة». ولم أقف عليه بلفظ المؤلف. قال الترمذي في آخر الحديث: هذا حديث حسن.. وإبراهيم بن يزيد (رجل في سنده) هو الخوزي المكي قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه.

(1) أخرجه الترمذي في الحج باب ما جاء في التغليظ في ترك الحج بإسقاط: إن شاء من الحديث، قال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وفي إسناده مقال، وهلال بن عبد الله (رجل في سنده) مجهول، والحارث (رجل آخر في سنده) يضعف في الحديث.

(2) في الأصل: مستطيعًا.

(3) أخرجه الحاكم والبيهقي عن علي رضي الله عنه.

له، لو حج لأجزأه ذلك عن فرضه، ولو كان فرض الحج بالمال [أو البدن، أو البدن والمال][1] لما أجزأ الفقير الذي لا مال له، ولكان يجب عليه إعادة الحج متى أفاد مالاً.

وقد قالوا: إن المقعد[2] الكبير العاجز عن الحج إذا حج عنه غيره، ورجعت إليه قوته، فعليه أن يحج، فلو كان فرض الحج بالمال على ما زعموا، لأجزأه الحج الذي حَجَّ عنه غيره. وهذا الإلزام لهم في غاية القوة.

وأما من جهة القياس، فنقول: ولأنها عبادة متعلقة بقطع مسافة، فلم يكن من شرط وجوبها الزاد والراحلة. دليله: السعي إلى الجمعة.

ولأنها عبادة لا يصح النيابة فيها مع القدرة عليها، ولأنها عبادة فرضت على الأعيان، وللمشي فيها مدخل يتوصل به إلى مكان مخصوص، فلم يكن المال شرطًا فيها، دليله السعي إلى الجمعة.

[ولأنها عبادة لا تصح النيابة فيها مع القدرة، وللمشي فيها مدخل[3] دليله السعي إلى الجمعة].

ولأنها عبادة بدنية يدخل في جبرانها المال، فأشبهت الصوم.

ولأن [الغِنَى][4] بالبدن [كالغنى][5] بالمال في المنع من أخذ الزكاة، فكذلك الحج يجب أن تكون القدرة عليه بالبدن كالقدرة عليه بالمال.

ولأن الحج لو لم يكن واجبًا على من عدم الزاد والراحلة وكان قادرًا على المشي فحج ماشيًا، لوجب عليه[6] أن لا يجزئه حجه، كما لو عدم الحرية والإسلام.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ

---

(1) ما بين القوسين يحتمل أنه زائد.

(2) في الأصل: المقد. والمقعد: القاعد عجزًا عن الوقوف والمشي.

(3) لعل هنا حذفًا يشبه أن يكون نصه: «فلم يكن المال شرطًا فيها»، ويحتمل أن هذه الفقرة بكاملها زائدة لإغناء ما قبلها عنها.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) هكذا في الأصل، ويحتمل أنها زائدة.

﴿ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97] إلى آخر احتجاجهم. فالجواب عنه: أن الآية عامة في كل من لزمه فرض الحج، سواء كان مستطيعًا ببدنه أو بماله.

ولأن الاستطاعة صفة المستطيع بها، والصفة تقوم بذات الموصوف. وليست الاستطاعة التي تنازعناها إلا حركات المستطيع وسكناته. وبهذا يبطل ما قالوه من أن الاستطاعة هي الزاد والراحلة.

وقولهم: إن الاستطاعة في وجوب الحج غير مبينة. فبينتها السنة، فليس كما قالوا، لأن من حق البيان أن يكون طبقًا[1] للمبين، منتظمًا له، غير مخصص لبعض المذكور دون بعض. فمتى لم يكن كذلك لم يكن بيانًا، ولم يكن قوله عليه السلام للسائل عن السبيل، [فقال له][2]: «الزاد والراحلة» بيانًا للآية العامة. وعلى أن الحديث الذي احتجوا به ضعيف[3] لأن راويه إبراهيم[4] بن يزيد؛ وقد ضعفه يحيى[5] بن معين، وقال: ليس هو

---

(1) في الأصل: طبعًا وهو تصحيف.

(2) لعله زائد لأن الكلام يستقيم بدونه.

(3) قال الترمذي: «وإبراهيم بن يزيد قد تكلم أهل العلم فيه من قبل حفظه». ن: سنن الترمذي، أبواب الحج باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة. وقال فيه أحمد متروك كما سنرى في الهامش بعده.

(4) هو إبراهيم بن يزيد الخوزي مولى عمر بن عبد العزيز، المكي، خرج له الترمذي والنسائي. روى عن طاوس، وعطاء، وعنه وكيع ومروان بن معاوية. قال أحمد: متروك. مات سنة 151هـ. ن: الخلاصة 23.

(5) هو أبو زكريا يحيى بن معين بن عون الغطفاني البغدادي، الحافظ الإمام، العلم، روى عن ابن عيينة وإسماعيل بن عياش، ويحيى القطان، وخلق. وعنه البخاري ومسلم، وأبو داود وأحمد، وخلق. قال أحمد: كل حديث لا يعرفه يحيى فليس بحديث. مات بالمدينة سنة 203هـ. وحمل على أعواد النبي ﷺ، ونودي بين يديه: هذا الذي يذب الكذب عن رسول الله ﷺ.

ن: طبقات الحفاظ 188 - 189، والخلاصة 428، وفيها توفي سنة 233هـ.

ثقة[1]. قال: وأحاديث الحارث[2] ضعيفة أيضًا عند أهل النقل؛ وقدجرحه[3] أكثرهم[4].

وقولهم: ولأنها عبادة متعلقة بقطع مسافة شاقة إلى آخر ما ذكروه، فهو غير مسلم؛ لأنه غير حاجز عندنا عن قطع المسافة الشاقة بالمشي[5] إذا كان يقدر على ذلك.

ولأنا نعكس عليهم استدلالهم إن شئنا فنقول: ولأنه قادر على قطع المسافة الشاقة، فوجب أن يلزمه فرض الحج كالواجد للراحلة.

* * *

---

(1) تاريخ الدوري عن ابن معين 2 / 18.

(2) هو الحارث الأعور وهو: الحارث بن عبد الله الهمداني الحوتي، أبو زهير الكوفي الأعور، أحد كبار الشيعة، خرج له الأربعة، روى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وعمرو بن مرة وأبو إسحاق، سمع منه أربعة أحاديث، قال الشعبي وابن المديني: كذاب، وقال ابن معين في رواية والنسائي: ليس به بأس. وقال أبو حاتم والنسائي في رواية: ليس بالقوي، وقال ابن معين: ضعيف. له في النسائي حديثان توفي سنة 165هـ. ن: الخلاصة 68.

(3) الجَرْح: هو الطعن في رواي الحديث بما يسلب عدالته أو ضبطه. ن: معجم المصطلحات الحديثية 33.

(4) كالشعبي وابن المديني، وابن معين، وغيرهم كما تقدم قريبًا.

(5) في الأصل: المشي.

مسألة [99]:

[في المعضوب هل يصح أن يحج غيره عنه أم لا]

ليس على المعضوب[1] الذي لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أن يحج غيره عنه وإن كان مليًا[2]، وكذلك إن كان فقيرًا، فبذل له رجل مالاً لم يلزمه أن يُحج غيره عنه[3]. **وبه قال أبو حنيفة**[4].

وقال الشافعي: يلزمه أن يحج غيره عنه في رأس ماله[5].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]. قالوا: وهذا مستطيع، لأن الاستطاعة هي الزاد والراحلة، وهذا واجد لهما حقيقة وحكمًا، فلم يبق عليه أكثر من مجرد القول بالأمر لمن يحج عنه، وذلك مما يدخل تحت قدرته، فوجب أن يجب ذلك عليه.

---

(1) المعضوب: المقطوع عن تجشم السفر بمرض قد أضناه أو هرم. تقول: عضبني عنك شغل: أي قطعني، وسمي السيف عضبًا، لأنه يقطع. ن: حلية الفقهاء 112، والمغرب 118، وقال في تهذيب الأسماء واللغات 3 / 25: «المعضوب المذكور في كتاب الحج: العاجز عن الحج بنفسه لزمانة أو كسر أو مرض لا يرجى زواله، أو كبر بحيث لا يستمسك على الراحلة إلا بمشقة شديدة».

(2) أي غنيًا متسع المال.

(3) ن: التفريع 1 / 115، ورؤوس المسائل لابن القصار 58، والإشراف 1 / 216، والكافي 1 / 309، والبداية 1 / 533، والقوانين الفقهية 112.

(4) ن: مختصر الطحاوي 51، والمبسوط 3 / 153، وفيه: «فالمذهب عندنا أن المعضوب والمقعد والزمن لا يجب الحج عليه باعتبار ملك المال». ورؤوس المسائل للزمخشري 233، والبدائع 2 / 121، ط 2، 73.

(5) ن: الأم 2 / 123 - 125 , 133، والتنبيه 70، والوجيز 1 / 110، والمجموع 7 / 93 - 95، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة. ن: المبسوط 3 / 153، وبه قال جمهور العلماء منهم علي بن أبي طالب، والحسن البصري، والثوري، وأحمد، وأبو حنيفة في رواية، وإسحاق، وابن المنذر، وداود. ن: المجموع 7 / 100.

واحتجوا أيضًا بحديث الخثعمية[1] أنها قالت للنبي ﷺ: «إن فريضة الله على العباد في الحج أدركت أبي شيخًا كبيرًا، لا يستطيع أن يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ فقال لها عليه السلام: «أرأيت لو كان على أبيك دين، أكنت قاضيته؟» قالت: نعم. قال لها: «فدين الله أحق أن يقضى»[2]، قالوا: فأمرها أن تحج عنه.

قالوا: ولأنها عبادة يدخلها الكفارتان: الصغرى والكبرى، فالعضب لا يمنع من وجوبها، دليله الصيام.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ * وَأَنَّ سَعْيَهُۥ سَوْفَ يُرَىٰ﴾ [النجم: 39]، وقوله: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164]، وقوله: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]، وهذا غير مستطيع، لأن الاستطاعة عندنا بالبدن كما قدمنا[3].

---

(1) لم أقف على ترجمتها ولعلها غير منسوبة.

(2) متفق عليه من حديث ابن عباس رضي الله عنه. وليس فيه: «أرأيت لو كان على أبيك دين. . .» إلى آخر الحديث الذي أورده المؤلف، وإنما فيه أن رسول الله ﷺ أجابها: «نعم»، وذلك في حجة الوداع.

أخرجه البخاري في كتاب الحج باب وجوب الحج، ومسلم في كتاب الحج باب الحج عن العاجز لزمانة أو هرم ونحوهما وللموت، ويوجد نحوه في أبي داود، والترمذي، والنسائي في كتاب الحج. ولم أقف عليه بلفظ المؤلف.

وأخرج البخاري في جزاء الصيد من كتاب الحج، باب الحج والنذور عن الميت، والرجل يحج عن المرأة، من حديث ابن عباس أيضًا: أن امرأة من جهينة وليست من خثعم كما ذكر المؤلف رحمه الله هي التي أجابها النبي عليه السلام بمثل ما جاء في المتن، وهذا نص الحديث:

«. . . عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج، حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال: نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟ اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء».

وأخرج النسائي نحوه في كتاب الزكاة باب الحج عن الميت الذي لم يحج، إلا أن فيه: «. . . أمرت امرأة سنان بن سلمة الجهني أن يسأل رسول الله ﷺ أن أمها ماتت ولم تحج. . الحديث» بدل امرأة من جهينة كما في البخاري.

(3) انظر أول المسألة التي قبلها.

وقد قال الحق سبحانه: ﴿فَمَا ٱسْطَٰعُوٓاْ أَن يَظْهَرُوهُ[1] وَمَا ٱسْتَطَٰعُواْ لَهُۥ نَقْبًا[2]﴾ [الكهف: 97]، وهذه هي الاستطاعة البدنية حقيقية. فيجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

ولأنها عبادة متعلقة بقطع مسافة، فوجب أن تسقط عن المعضوب، دليله الجهاد.

ولأنها عبادة تتعلق بمكان مخصوص، وللمشي فيها مدخل، فوجب ألا تجب عليه. دليله السعي إلى الجمعة.

ولأنها عبادة واجبة على الأعيان، فلم يلزم النيابة فيها مع العجز عنها بالبدن. دليله: الصيام.

ولأنها عبادة من شرطها النية، فلا يكون للنيابة فيها مدخل. دليله الصلاة.

ولأن العبد لو وهبه سيده مالاً على أن يحج به، لم يجب الحج على العبد بذلك بإجماع منا ومنهم[3].

ولأن من وجب عليه كفارة في ظهار أو قتل نفس أو إفطار في نهار رمضان، فقال رجل: أنا أهبك مالاً أو رقبة لتكفر بذلك عن إفطارك أو نهارك، لم يكن بذلك مستطيعًا، حتى إنه لا يجزئه الصوم عما لزمه. وهذا إلزام قوي، فتأمله.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]، فقد تقدم الجواب عنه في المسألة التي قبل هذه [هـ 100]، وأن الاستطاعة صفة من صفات البدن المستطيع، وليست هي المال على ما زعموا.

واحتجاجهم بحديث الخثعمية[4]. غير مسلم، لأنها قالت: إن فريضة الله على العباد في الحج، أدركت أبي شيخًا كبيرًا لا يستطيع أن يثبت على

---

(1) يظهروه: يغلبوه والمراد أن يهدموه. ن: القاموس الفقهي 218.

(2) النقب: الثقب في أي شيء كان. ن: اللسان / نقب.

(3) ن: التنبيه 69.

(4) تقدم الكلام عليها.

الراحلة. ومن كانت هذه صفته، ففرض الحج ساقط عنه، وإذن النبي عليه السلام أن تحج عنه، لا يدل على أن فرض الحج كان واجبًا عليه، بدليل المرأة[1] الأخرى التي عرضت عليه صبيًا في مِحَفة[2]، فقالت: يا رسول الله، ألهذا حج؟ قال: «نعم، ولك أجر»[3]، وقد علمت أن فرض الحج لا يجب على الصبي في حال صغره.

وقد قال بعض الأصحاب: إن أبا الخثعمية مخصوص بجواز الحج عنه، لأن أبا الخثعمية سبق فرض الحج، كما كان سالم[4] مولى أبي حذيفة[5] مخصوصًا[6] بالرضاعة في حال الكبر. لأن تبنيه كان قبل قطع التبني، فلم يجز بعده ذلك إلى غيره في رضاعة الكبير، فكذلك حج الخثعمية عن أبيها.

وقولهم: إنها عبادة تدخلها الكفارتان: الصغرى والكبرى، فالعضب لا يمنع من وجوبها. دليله الصيام.

فالجواب: أنا نعكس عليهم هذا الاستدلال، فنقول: ولأنها عبادة بدنية تدخلها [الكفارتان][7] الصغرى والكبرى، فلم تجز النيابة فيها. دليله: الصيام.

---

(1) لم أقف عليها منسوبة.

(2) المِحَفة بالكسر شبه الهودج إلا أنه لا قبة عليها. الزرقاني 2 / 393.

(3) رواه مسلم في كتاب الحج عن ابن عباس رضي الله عنهما في باب صحة حج الصبي، وأجر من حج به. وأبو داود في 2 / 132، والنسائي في 5 / 120، كلهم مثل رواية مسلم.

(4) هو سالم بن معقل مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة، يكنى أبا عبدالله. كان من فضلاء الموالي وهو من خيار الصحابة وكبارهم، وكان يؤم المهاجرين بقباء فيهم عمر بن الخطاب قبل أن يقدم رسول الله ﷺ المدينة، وروي أن عمر قال في حقه: لو كان سالم حيًا ما جعلتها شورى، وهو أحد الأربعة الذين أمر رسول الله ﷺ بأخذ القرآن منهم. شهد بدرًا وقتل يوم اليمامة شهيدًا وذلك سنة 12هـ رحمه الله. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 3 / 101 - 103، والإصابة 3 / 103 - 106.

(5) هو أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة القرشي. اسمه مهشم، وقيل: هاشم، وقيل: قيس. كان من السابقين للإسلام، هاجر الهجرتين، وصلى إلى القبلتين، شهد بدرًا واستشهد يوم اليمامة سنة 12هـ وهو ابن 56 سنة رضي الله عنه. ن: الإصابة 3 / 103 - 106.

(6) في الأصل: مخصوص.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

مسألة [100] :

[في من مات ولم يحج هل يلزم ورثته أن يحجوا عنه أم لا]

من مات ولم يحج لم يلزم ورثته أن يحجوا عنه، لا من ثلثه، ولا من رأس ماله. إلا أن يوصي بذلك، فيلزم ورثته تنفيذ وصيته من ثلثه[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: يلزم ذلك عنه في رأس ماله[3].

واحتج أصحابه: أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها حج، فقال لها: «حجي عنها»[4].

---

(1) ن: التفريع 1 / 315، ورؤوس المسائل لابن القصار 59، والإشراف 1 / 216، والكافي 1 / 310.

(2) ن: مختصر الطحاوي 59 وفيه: «وإن لم يوص بذلك فتبرع به وارثه أجزأه ذلك»، والمبسوط 4 / 162 - 164، ورؤوس المسائل للزمخشري 247.

(3) ن: الأم 2 / 125 - 126، والتنبية 70، وقال في المجموع 7 / 109: «إذا وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات، فإن مات قبل تمكنه من الأداء بأن مات قبل حج الناس من سنة الوجوب، تبين عدم الوجوب لتبين علامة عدم الإمكان، هكذا نص عليه الشافعي، وقطع به الأصحاب. . . وإن مات بعد التمكن من أداء الحج، بأن مات بعد حج الناس استقر الوجوب عليه، ووجب الإحجاج عنه من تركته. . . ».

وعند الحنابلة من مات وعليه الحج أخرج عنه من يحج من حيث وجب. ن: المحرر في الفقه 1 / 233.

(4) قال في نصب الراية 3 / 158: «أخرجه مسلم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه بريدة: أن امرأة أتت رسول الله ﷺ، فقالت: إن أمي ماتت، ولم تحج، أفأحج عنها؟ قال: «نعم»، ورواه الحاكم في المستدرك، وزاد فيه: الصوم والصدقة، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وأخرجه الشافعي في الأم 2 / 125 عن حنظلة بن أبي سفيان، قال: سمعت طاوس يقول: أتت النبي ﷺ امرأة، فقالت: إن أمي ماتت، وعليها حجة، فقال: «حجي عن أمك».

ينظر صحيح مسلم (1149)، وتحفة الأشراف 2/ 102 حديث 1980 (تحقيق الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1999م).

قالوا: وقد قال للخثعمية[1]: «أرأيت لو كان على أبيك دين، أكنت قاضيته؟» قالت: نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»[2]. قالوا[3]: فشبه الحج بالدين.

قالوا: ولأنه حق وجب عليه في حال حياته، وتصح النيابة فيه، ويلزم في رأس ماله. فوجب ألا يسقط بالموت. دليله: الديون والكفارات.

قالوا: ولأنه حق متعلق بمال يثبت[4] بالوصية، فجاز [ثبوته][5] بموته بغير[6] الوصية. دليله: الديون.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: 39]، وقوله: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: 164]، وقوله عليه السلام: «إذا مات ابن آدم انقضى عمله إلا من ثلاثة»[7]، ولم يذكر الحج في جملتها.

ولأنها عبادة متعلقة بقطع مسافة شاقة يدخلها المال، فإذا مات ولم يوص بها، لم تلزم. دليله: الجهاد.

ولأنها عبادات يدخلها الكفارتان[8]: الصغرى والكبرى، فإذا مات ولم يوص بها، لم تلزم. دليله: الصيام.

ولأنها عبادة بدنية مات ولم يوص بها، فوجب سقوطها. دليله: الصلاة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث المرأة التي أمرت أن تحج عن

---

(1) تقدم الكلام عليها.
(2) تقدم تخريجه.
(3) في الأصل: قال.
(4) في الأصل: ثبت.
(5) تكملة يقتضيها السياق.
(6) في الأصل: تتغير.
(7) أخرجه مسلم في باب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته عن أبي هريرة رضي الله عنه.
(8) في الأصل: الكفارات.

أمها فهي قضية في عينها، فلا يقاس عليها، ويجوز أن تكون الميتة أوصت بذلك فأمر النبي عليه السلام ابنتها بتنفيذ وصيتها. وهذا كله إن صح الحديث[1].

وأما حديث الخثعمية[2]، فقد تقدم الكلام عليه.

ولأن قوله عليه السلام: «أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيته؟». قالت: نعم. قال: «فدين الله أحق أن يقضى»[3]، راويه عمرو[4] بن دينار عن الزهري[5]؛ وقد تفرد به دون جميع أصحاب الزهري[6][7].

وقد روى ابن عباس[8] أن رجلاً سأل النبي عليه السلام، قال: أحج عن أبي؟ قال: «نعم. إن لم تزده خيرًا لم تزده شرًا»[9]. وهذا يدل [على][10] أنه ليس بواجب فعله عليه.

وقد قال: إبراهيم[11]، والقاسم[12] بن محمد، وجماعة[13] من فقهاء

---

(1) تقدم تخريجه قبل قليل.

(2) تقدم الكلام عليها.

(3) تقدم تخريجه.

(4) هو عمرو بن دينار الجمحي مولاهم، أبو محمد المكي، الأثرم، أحد الأعلام. خرج له الستة. روى عن العبادلة، وكريب، ومجاهد، وخلق. وعنه قتادة وأيوب، وثعلبة، والسفيانان، والحمادان وخلق. قال مسعر: ثقة ثقة ثقة. قيل: مات سنة 115هـ، وقيل: 116هـ، وقيل: 126هـ. ن: طبقات الشيرازي 70، وطبقات الحفاظ 50، والخلاصة 288.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) والتفرد الذي من هذا القبيل يقلل من حجية الحديث الذي وقع التفرد به.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) لم أقف عليه.

(10) تكملة يقتضيها السياق.

(11) هو النخعي. وقد تقدمت ترجمته.

(12) تقدمت ترجمته.

(13) لم أقف عليهم.

التابعين: لا يحج أحد عن أحد.

وقد صح الإجماع أن الصلاة والصيام والوضوء، لا يفعله[1] أحد عن أحد[2]، لكونها عبادة بدنية، فكذلك يجب أن يكون الحج.

وقد روى نافع[3] عن ابن عمر[4]، قال: «لا يصومن أحد عن أحد، ولا يحج أحد عن أحد»[5].

وما احتجوا به من الدين والكفارات، فغير لازم:

أما الدين، فإنما لزم، لأنه من حقوق الأموال، وقد قدمه الله ورسوله على الوصية والميراث، والحج عبادة بدنية، فلا جمع بين العبادة المالية والبدنية.

وأما الكفارات، فلا تلزم الوارث عندنا إلا أن يوصي بها الميت.

وقولهم: ولأنه حق متعلق بمال، يثبت بالوصية إلى آخر ما ذكروه. فهو عندنا حق بدن، لا حق مال كما تقدم من الشرح. فبطل ما قالوه.

* * *

---

(1) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب يفعلها.

(2) قال في رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 30: «وأجمعوا على أن الصلاة من الفروض التي لا تصح فيها النيابة بنفس ولا بمال».

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) قال في نصب الراية 2 / 463: «وفي الإمام رواه أبو بكر بن الجهم في كتابه: أخبرنا أحمد ابن الهيثم، حدثنا سليمان بن حرب، حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أنه قال: «لا يصومن أحد عن أحد، ولا يحجن أحد عن أحد، ولو كنت أنا لتصدقت وأعتقت وأهديت».

مسألة [101]:

[في حكم من حج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه]

يكره لمن لم يحج عن نفسه أن يحج عن غيره، فإن فعل، جاز[1]. وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: لا يجوز ذلك[3].

واحتج أصحابه بحديث ابن عباس[4] أن النبي ﷺ، رأى رجلاً[5] وهو يقول: لبيك اللهم لبيك عن شبرمة[6]، فقال له النبي عليه السلام: «ويلك ومن شبرمة؟»، فقال: أخي أو نسيب[7] لي، فقال له النبي عليه السلام: «أحججت عن نفسك؟» فقال: لا، فقال له النبي عليه السلام: «فاحجج عن نفسك، ثم احجج عن شبرمة»[8]، قالوا: فبين ﷺ السبب

---

(1) ن: التفريع 1 / 315 - 316، ورؤوس المسائل لابن القصار 59، والتلقين 62، والإشراف 1 / 217، والكافي 1 / 310، والبداية 1 / 545، والقوانين الفقهية 113.

(2) قال في المبسوط 4 / 151: «وإذا أراد الرجل أن يحج رجلاً عن نفسه، فأحب إلي أن يحج رجلاً قد حج عن نفسه، لأنه أبعد عن اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى، ولأنه أهدى في إقامة أعمال الحج لصيرورتها معهودة عنده، فإن أحج صرورة عن نفسه، يجوز عندنا، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى: لا يجوز، ويكون حج الصرورة عن نفسه لا عن الآمر».

(3) ن: التنبيه 70، والوجيز 1 / 110، والمجموع 7 / 95، ورحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 127، وفيه أنه الأشهر من مذهب أحمد. وانظر: الإفصاح 1 / 266.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) لم أقف على ترجمته.

(6) لم أقف على ترجمته.

(7) النسيب: القريب. ن: القاموس الفقهي 352.

(8) أخرجه بألفاظ متقاربة: أبو داود في الحج باب الرجل يحج عن غيره، وابن ماجه في المناسك، باب الحج عن الميت، والدارقطني في الحج باب المواقيت، كلهم عن ابن عباس رضي الله عنه، وأخرجه البيهقي أيضًا في السنن الكبرى في باب من ليس له أن يحج عن غيره، واختلف في وقفه ورفعه، والأصح وقفه. ن: سبل السلام 2 / 184.

الموجب[1] في منع حجه عن[2] شبرمة[3]، وهو أنه لم يحج عن نفسه.

قالوا: ولأنها عبادة [هـ 101] بدنية يتعلق أصل وجوبها عليه[4]، دليله: الجهاد.

قالوا: ولأنه لم يحج عن نفسه، فلم يجز أن يحج عن غيره. دليله: الصبي والعبد والكافر.

والدليل على صحة ما قلناه: أن امرأة[5] سألت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله: أحج عن أبي؟ فقال لها عليه السلام: «نعم. حجي عن أبيك»[6]، فأطلق عليه السلام الجواب، ولم يشترط شيئًا؛ وحديث الخثعمية[7] حين[8] قال لها عليه السلام: «نعم فرض الله أحق أن يقضى»[9]، ولم يقل لها عليه السلام حين سألته أن تحج عن أبيها: هل حججت عن نفسك أم لا؟ فدل عدم سؤاله لها، واستفهامه إياها على صحة ما قلناه.

ولأن الحج عبادة مؤقتة متعلقة بمال، فجاز أن يفعله عن غيره، قبل أن يفعله عن نفسه. دليله الديون والزكاة.

ولأنه عبادة يلزم تنفيذها بالوصية، فجاز أن يفعلها عن غيره، قبل أن يفعلها عن نفسه كالكفارات.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث شبرمة[10]، فليس فيه أن النبي عليه السلام أمره بقطع ما دخل فيه، أو فسخه في غيره. وإنما فيه التلبية،

---

(1) في الأصل: الموجوب.

(2) في الأصل: من.

(3) لم أقف على ترجمته.

(4) لعل هنا كلامًا سقط من الناسخ هو: «بقطع مسافة شاقة يدخلها المال فلم تلزم عن غيره».

(5) غير منسوبة.

(6) لم أقف عليه.

(7) تقدم الكلام عليها.

(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: حيث.

(9) تقدم تخريجه والتعليق عليه.

(10) تقدم تعريفه.

والإخبار عن الفعل الأفضل، ونحن نقول: حجه عن نفسه، قبل أن يحج عن غيره، خير له وأفضل، فإذا قضى فرضه، حج حينئذ عن غيره إن شاء.

ولأن حديث شبرمة[1] هذا معارض بحديث الحسن[2] بن عمارة، قال: سمع النبي ﷺ رجلاً وهو يقول: لبيك عن نبيشة[3]، فقال له: «أيها الملبي عن نبيشة، أحججت عن نفسك؟» قال: لا. فقال: هذه عن نبيشة، وحج عن نفسك»[4].

ولأن حديث الخثعمية[5] نص في جواز ذلك، وليس فيه استفسار: هل حجت عن نفسها أم لا؟ فكان أولى.

وقياسهم على الجهاد، غير صحيح؛ لأن الجهاد لا يتعين وجوبه على الأعيان كتعين وجوب الحج.

وقياسهم على الصبي والعبد والكافر، غير لازم. لأن الصبي والعبد والكافر غير مخاطبين بالحج:

أما الصبي فلصغره، وأما الكافر فإن العبادة لا تتأتى منه مع الإقامة على الكفر، وأما العبد فإنه وإن كان غير مخاطب بفرض الحج، فإنه يجوز عندنا حجه عن غيره، والله أعلم.

* * *

---

(1) تقدم تعريفه.

(2) هو أبو محمد الحسن بن عمارة البجلي مولاهم، قاضي بغداد، خرج له البخاري تعليقًا، وأبو داود وابن ماجه. روى عن أبي مليكة، والحكم، وعنه السفيانان، والقطان، وخلق. قال الدارقطني: متروك ورماه ابن المديني بالوضع. مات سنة 153هـ. ن: الخلاصة 79 - 80.

(3) يحتمل أنه نبيشة الخير الهذلي. صحابي له أحد عشر حديثًا، انفرد له مسلم بحديث، وعنه أبو المليح الهذلي خرج له مسلم والأربعة. ن: الخلاصة 405.

(4) أخرجه الدارقطني في سننه 2 / 268، في كتاب الحج باب المواقيت عن ابن عباس. ثم قال: تفرد به الحسن بن عمارة (رجل في سنده)، وهو متروك الحديث. والمحفوظ عن ابن عباس حديث شبرمة.

(5) تقدم الكلام عليها، وتخريج حديثها.

مسألة [102]:

[في الحج هل هو واجب على الفور أم على التراخي]

وجوب الحج على الفور[1]. وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي: فرضه على التراخي[3].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًاۚ﴾ [آل عمران: 97].

قالوا: فليس في الصيغة إلا اقتضاء الإيقاع، ولا ذكر فيها للزمان، فلو

---

(1) ن: التفريع 1 / 315، ورؤوس المسائل لابن القصار 59، وفيه أنه قول أبي يوسف، والمزني وداود، ولا يحفظ عن أبي حنيفة في ذلك شيء، وأصحابه يقولون: إن قوله مثل قول مالك، وعليه يناظرون. والتلقين 62، والإشراف 1 / 217، والقول بالوجوب على الفور هو أظهر الروايتين عن أحمد. ن: الإفصاح 1 / 267.

وقال في المقدمات 1 / 381: «واختلف في الحج هل هو على الفور أو على التراخي، فحكى ابن القصار عن مالك أنه عنده على الفور، ومسائله تدل على خلاف ذلك». وقال في الكافي 1 / 310: «ووقت وجوب الحج عندنا ما بين أن يجب على المرء بالاستطاعة التي قدمنا ذكرها إلى أن يموت، ولا يقضى عليه بالتفريط حتى يموت وقد قيل: إنه يجب بأول أوقات الإمكان وإنه مفرط إن لم يبادر إلى أداء فرضه في فور استطاعته. وكلا القولين عن أصحاب مالك وغيرهم من أهل المدينة وغيرها. . . »، وقال في البداية 1 / 546 - 547: «والقولان متأولان عن مالك، والظاهر عند المتأخرين من أصحابه أنها على التراخي، وبالقول بأنها على الفور قال البغداديون من أصحابه».

(2) قال في المبسوط 4 / 163 - 164: «يجب على الفور حتى يأثم بالتأخير»، ثم قال: «وهكذا ذكره ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى. قال: سئل عمن له مال أيحج به أم يتزوج؟ قال: بل يحج به. فذلك دليل على أن الوجوب عنده على الفور، وعن محمد رحمه الله تعالى: يسعه التأخير بشرط ألا يفوته بالموت».

وانظر: رؤوس المسائل للزمخشري 249.

(3) ن: التنبيه 70، والوجيز 1 / 110، وقال في المجموع 7 / 103: «مذهبنا أنه على التراخي، وبه قال الأوزاعي والثوري، ومحمد بن الحسن، ونقله الماوردي عن ابن عباس وأنس، وجابر، وعطاء، وطاوس رضي الله عنهم».

أراد فيها التعيين لبينه.

قالوا: ولأن سبيل الزمان سبيل المكان، لأن الفعل لا بد له من زمان، كما لا بد له من مكان، وهذا كالصلاة. وقد ثبت أنه لما لم يعين لنا مكانًا ولا محلاً[1] نوقعها فيه، فإن المكلف مخير في أن يوقعها في أي الأماكن شاء، فكذلك الزمان.

ولأن لفظ الأمر في [الآية][2] يقتضي الاستقبال من غير تخصيص بوقت، كلفظ الخبر[3] المبني على الاستقبال، وذلك لا يبنى على[4] أقرب الأوقات، فكذلك الأمر.

قالوا: وقد روى جابر[5] أن النبي ﷺ أقام بالمدينة تسع سنين لم يحج[6]. قالوا: وإنما حج في السنة العاشرة، فدل ذلك على أن فرض الحج على التراخي، لا على الفور.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ﴾ [الحج: 27]، وقوله: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: 196]. وقوله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]، فلم يجعل الحق سبحانه له أجلاً غير الاستطاعة، فمتى كان مستطيعًا، وجب عليه فعله على الفور وإلا هو عاص على التأخير، والدليل على صحة ذلك: ما ندب الحق سبحانه إليه، وأمر به من المسارعة إلى فعل الخيرات، فقال: ﴿أُولَٰئِكَ يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ﴾ [المؤمنون: 61]، وقال: ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾ [البقرة: 148، والمائدة: 48]، وقال: ﴿وَالسَّابِقُونَ

---

(1) في الأصل: محل.

(2) في الأصل: أنه ولعله مصحف، والظاهر أن صوابه: «الآية» أي: ﴿ولله على الناس حج البيت...﴾.

(3) المراد بالخبر هنا اللفظ المحتمل للصدق والكذب، وهو ضد الإنشاء الذي لا يحتمل صدقًا ولا كذبًا، كالأمر والنهي والاستفهام.

(4) في الأصل: عن.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) أخرجه مسلم من حديث طويل في كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ.

ٱلسَّٰبِقُونَ * أُوْلَٰٓئِكَ ٱلْمُقَرَّبُونَ﴾ [الواقعة: 10 ـ 11]، وقال: ﴿إِنَّهُمْ كَانُواْ يُسَٰرِعُونَ فِى ٱلْخَيْرَٰتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُواْ [لَنَا خَٰشِعِينَ][1]﴾ [الأنبياء: 90]. فمدحهم الله سبحانه على مبادرتهم إلى فعل الخيرات والطاعات حتمًا وعزمًا.

والحرف الوجيز: هو أن مطلق الأمر على الوجوب[2]، والواجب: ما لا يسع تركه في زمن وجوبه. والتأخير لا محالة ترك. فإذا تركه لم يكن فعله واجبًا عليه، لأن كون فرضه على التأخير يؤدي إلى أقسام كلها باطلة، فيكون التأخير باطلاً، لأن ما يؤدي إلى الباطل باطل مثله. لأن المكلف إذا أخره إلى [غير][3] غاية فهو باطل، لأن ذلك ينافي الوجوب؛ إذ الواجب لا بد له من غاية، فيسقط هذا التنزيل غاية الوجوب. لأن مطلق الأمر يقتضي الوجوب، وذلك يفيد طلب الفعل المأمور به، فإذا جاز التأخير على الإطلاق، بقي الأمر بلا فعل. وذلك محال. فإن أخره إلى غاية، فلا تخلو تلك الغاية من أمرين: إما أن تكون معينة أو موصوفة.

فإن أخره إلى غاية معينة، مثل أن يقول: سنة كذا وكذا، أو يوم كذا وكذا، فذلك باطل: إذ قد تخترمه[4] المنية[5] قبل ذلك، وقد يموت فجأة أو بغتة.

وإن[6] أخره إلى غاية موصوفة، مثل أن يؤخره إلى الوقت الذي يغلب [هـ 102] على ظنه أنه إن أخره إلى أبعد من ذلك فات[7] على كل حال. فهو باطل أيضًا، لأنه[8] تأخير بالظن، وذلك الظن لا عن أمارة صحيحة، فبطل هذا

---

(1) تكملة لازمة.

(2) انظر: إحكام الفصول 195 - 198، والمحصول 19، والضياء اللامع 1 / 25، وأصول مالك النقلية 2 / 331 - 332.

(3) تكملة لازمة.

(4) تخترمه المنية: يعاجله الموت.

(5) المنية: الموت.

(6) في الأصل: فإن.

(7) في الأصل: فمات. ويحتمل أن الصواب ما أثبتناه، ويحتمل أن الصواب: مات.

(8) في الأصل: لا.

أيضًا. ولأن المنية قد تخترمه قبل بلوغ تلك[1] الغاية المظنونة.

فإذا مات ولم يفعل، لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون آثمًا أو غير آثم. فإن قالوا: هو آثم[2]. خرج الفعل عن أن يكون واجبًا، والقول بأنه غير واجب خلاف الإجماع. وإنما الذي لا يأثم إذا مات ولم يفعله، فعل النافلة [وإلا][3] لم يكن بين الواجب والنفل فرق، ولا يعصمهم[4] عن هذا الإلزام إيجاب[5] العزم. لأن العزم لا يخرجه عن الترك. ولأن العزم على فعل العبادة يجب على المكلف قبل دخول العبادة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الصيغة ليس فيها إلا اقتضاء الإيقاع، ولا ذكر فيها للزمان، إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل. فهو كلام غير مسلم. لأنه[6] يتضمن عندنا أول الوقت عقيب الأمر، بمثابة ما لو قال له: افعله الساعة، فإذا لم يفعل لم يكن ممتثلاً للأمر.

واعتبارهم الخبر[7] بالأمر. غير صحيح. لأن الخبر لا يتضمن إيجاب الفعل المخبر[8] عنه، ولا تحريم تركه، وليس[9] كذلك الأمر، لأنه يقتضي الإيجاب على الفور، ويحرم الترك في تأخير الفعل عن وقت الإمكان إلى الأزمان المستقبلة بعده، [لأنه][10] إخراج له عن كونه واجبًا.

---

(1) في الأصل: ذلك.

(2) هنا كلام سقط من الناسخ اختل بسببه المعنى، ويشبه أن يكون أصله: «كان الفعل واجبًا.. وإن قالوا: هو غير آثم».

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) هنا في الأصل بين «يعصمهم» و«عن»، كلام كأنه مضروب عليه هو «في كونه كما غير واجب موثم في ترك النافلة».

(5) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: إيجاد.

(6) في الأصل: لا.

(7) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: الأمر بالخبر.

(8) في الأصل: المكبر.

(9) في الأصل: فليس.

(10) تكملة يقتضيها السياق.

وقولهم: إن النبي عليه السلام أقام بالمدينة تسع سنين [ولم يحج][1]، وإنما حج في السنة العاشرة إلى آخر ما ذكروه. فلا حجة لهم فيه، لجواز أن يكون عليه السلام إنما أخره لأنه غير مستطيع والحق سبحانه إنما فرض الحج على من استطاع إليه سبيلاً، ويجوز أن يكون إنما أخره لشغله بقتال المشركين، ومقابلة[2] المنافقين، ولَمّ شعث المسلمين، وبعث[3] البعوث، وإخراج الجيوش، والاستيلاء[4] [على][5] من بعد عليه من العرب وكفار الأمم.

وقد قال من وافقنا في هذه المسألة: ما فرض عليه الحج إلا في السنة التي حج فيها، واحتج بأن الدار كانت دار كفر، وإنما فتحها عليه السلام في سنة ثمان من الهجرة في شهر رمضان، فأمر عتاب[6] بن أسيد أن يحج بالناس في تلك السنة[7]، وأمر أبا بكر أن يحج بالناس في السنة التاسعة، وأمره أن ينادي في الناس أن لا يحج بعد هذا العام مشرك. ولا يطوف بالبيت عريان[8]. فلما زالت العلل، وانزاحت أعلام الضلال حج ﷺ في السنة العاشرة.

---

(1) تكملة لازمة.

(2) هكذا في الأصل، وفي معناها اضطراب.

(3) بعث البعوث: إرسال البعوث من جيش وغيره.

(4) في الأصل: واستيلا.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) هو أبو عبد الرحمٰن عتاب بن أسيد بن أبي العيص الأموي، من مسلمة الفتح، ولي للنبي ﷺ مكة حين انصرف منها بعد الفتح، وله عشرون سنة، خرج له الأربعة، روى عنه ابن المسيب وعطاء مرسلاً، لأنه مات يوم مات الصديق، وذكر الطبراني أنه عمل لعمر رضي الله عنه. وفي صحيح مسلم حديث يدل على ذلك إلى سنة 21هـ. ن: الخلاصة 257.

(7) ن: سنن الدارقطني، كتاب الحج، باب المواقيت 2 / 239، الحديث رقم 14.

(8) أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب لا يطوف بالبيت عريان، ولا يحج مشرك من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وأخرجه مسلم في كتاب الحج باب لا يحج البيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان وبيان يوم الحج الأكبر، ونص لفظ البخاري: «... حدثني حميد بن عبدالرحمٰن أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه بعثه في الحجة التي أمّره عليها رسول الله ﷺ قبل حجة الوداع يوم النحر في رهط يؤذن في الناس: ألا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان».

مسألة [103] :

[في من أحرم بالحج قبل أشهره هل يلزمه ولا ينقلب إلى عمرة أم لا؟]

ومن أحرم بالحج قبل أشهره لزمه، ولم ينقلب إحرامه ذلك إلى عُمرة[1][2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: لا يجوز الإحرام بالحج قبل أشهره، فإن أحرم قبل أشهره انقلب إحرامه ذلك إلى عمرة[4].

واحتج[5] أصحابه بقول الله عز وجل: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ [البقرة: 197]. قالوا: فعرف الحج بالألف واللام الدالين

---

(1) العمرة: اسم من الاعتمار، وأصلها القصد إلى مكان عامر، ثم غلب على الزيارة على وجه مخصوص، وهو قصد الكعبة للنسك المعروف. ن: حلية الفقهاء 114 - 115، والمغرب 328، والأنيس 141، والقاموس الفقهي 262.

(2) ن: رؤوس المسائل 59، والإشراف 1 / 219، وفيه: «يكره أن يحرم قبل أشهره فإن فعل لزمه، خلافًا للشافعي في قوله: إنه ينعقد عمرة»، والكافي 1 / 310، وفيه: «ولا يجوز لأحد أن يحرم بالحج في غير أشهر الحج، فإن فعل فقد أساء ويلزمه ذلك عند مالك، وعند غير مالك يعود إحرامه عمرة». وانظر: المقدمات 1 / 385، والبداية 1 / 554 - 555، والقوانين الفقهية 114، وبه قال أحمد. ن: الإفصاح 1 / 267، والمحرر في الفقه 1 / 236.

(3) ن: الإفصاح 1 / 267، ورؤوس المسائل لابن القصار 59، وفيه: أنه قد قال به أيضًا الثوري، والنخعي، والقوانين الفقهية 114.

(4) ن: الأم 2 / 168 - 169، والوجيز 1 / 116، وقال في المجموع 7 / 144: «لا ينعقد الإحرام بالحج إلا في أشهره عندنا، فإن أحرم في غيرها انعقد عمرة، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد، وأبو ثور ونقله الماوردي عن عمر وابن مسعود وجابر وابن عباس، وأحمد». أي في رواية عنه.

(5) في الأصل: فاحتج.

على الجنس[1] عند عدم العهد[2].

قالوا: ولأنه تعالى قال: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ فاقتضى ذلك أقل الجمع وهو ثلاثة أشهر. فصح من مجموع هذا أنه لا يصح الإحرام قبل أشهره التي جعلها الله تعالى محلاً لإيقاعه فيها.

ولأن الإحرام بالحج فعل من أفعال الحج، فلا يجوز فعله في غير وقته. دليله: سائر أفعاله من الوقوف[3] والرمي[4] وغير ذلك.

قالوا: وكما لا يجوز فعل الصلاة قبل دخول وقت الصلاة، فكذلك الإحرام[5] بالحج قبل أشهره[6].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: 189][7] في آجال بياعاتهم وإجاراتهم، وغير ذلك مما يحتاجون فيه إلى ضرب الأجل، جاز أن

---

(1) الجنس عند أئمة اللغة الضرب من كل شيء، والجمع أجناس وهو أعم من النوع. يقال: الحيوان جنس والإنسان نوع، والألف واللام إذا دخلت على الاسم، فإنه يدل على العهد إن كان ثمة معهود كقولنا: ما فعل الرجل؟ أي المعهود لدينا والمعلوم عندنا، وإن لم يكن ثمة معهود فإنه يدل على الجنس كقولنا الرجل أقوى من المرأة. ن: المغرب 93 و536.

(2) العهد حفظ الشيء ومراعاته حالاً بعد حال هذا أصله، ثم استعمل في الموثق الذي يلزم مراعاته، والعهد عند أهل اللغة قد يكون ذهنيًا وقد يكون خارجيًا، فالعهد الذهني هو الذي لم يذكر قبله شيء، والعهد الخارجي هو الذي يذكر قبله شيء، وأل إذا دخلت على الاسم قد تجعله مفيدًا للعهد مثل: ما فعل الرجل؟ كما مر. ن: التعريفات 159، مع بعض التصرف.

(3) أي بعرفة ليلة العاشر من شهر ذي الحجة بعد غروب الشمس ولو لحظة.

(4) أي رمي الجمار: جمرة العقبة صبيحة عيد الأضحى، والجمار الثلاث أيام حادي عشر وثاني عشر وثالث عشر من ذي الحجة.

(5) الإحرام هو نية أحد النسكين: الحج أو العمرة مع قول أو فعل متعلقين به. ن: القاموس الفقهي 85، وحلية الفقهاء 117.

(6) أشهر الحج هي: شوال وذو القعدة وذوالحجة عند المالكية.

(7) الظاهر أن هنا كلامًا فات الناسخ نقله من الأصل، ويشبه أن يكون هو: «ولما جاز أن تكون الأهلة مواقيت للناس»، لأن المعنى لا يتم إلاّ به. والنظم لا يستقيم بدونه.

تكون ميقاتًا[1] للحج.

وقد قال الحق سبحانه: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا[2] وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ[3] يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾[4] [الحج: 27]، فرفع الصوت بالتلبية، إنما هو[5] إجابة منا لمن أذن فينا بالحج، وكان الواجب علينا أن نلبي من حيث أجبنا دعوته، وذلك من مواضعنا التي هي سكنانا[6]، إلا أن الله تعالى خفف عنا ذلك، فجعل له شهورًا معلومة، وخففه أيضًا رسول الله ﷺ فجعل للإحرام مواقيت وقتها، لطفًا من الله ورسوله بهذه الأمة.

فإذا أحرم بالحج قبل ميقاته مكانًا جاز، ولزمه ذلك بغير خلاف[7]، فوجب أن يكون كذلك إذا أحرم به قبل أشهره زمانًا، لأن الإحرام بالحج له مكان وزمان، فلما [هـ 103] جاز الإحرام به قبل بلوغ المكان، جاز الإحرام به قبل دخول الزمان.

ولأن الوقوف بعرفة يوم عرفة لا بعده[8]، لا زمانًا ولا مكانًا، والإحرام بالحج يجوز قبل الميقات مكانًا، فوجب أن يلزم إذا فعل قبل أشهر الحج زمانًا، ولا فرق بين ذلك. والله أعلم.

ولأنه زمان[9] يصلح للإحرام بالعمرة، فجاز أن يصلح

---

(1) الميقات هو الوقت المحدود، ويستعار للمكان، فيقال: مواقيت للحج لمواضع الإحرام. ن: المغرب 490، والأنيس 68، والقاموس الفقهي 384.

(2) أي: راجلين ماشين على الأرجل.

(3) أي على كل فرس ضامر أي رقيق قليل اللحم، والمراد يأتون ركبانًا. ن: المغرب 284، والقاموس الفقهي 224.

(4) الفج العميق: الطريق الواسع البعيد. ن: الطلبة 71.

(5) في الأصل: هي.

(6) في الأصل: سكناها.

(7) قال في رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 130: «ومن كانت داره بعيدة عن الميقات، فإن شاء أحرم من داره. وإن شاء من الميقات بالاتفاق».

(8) في الأصل: بعد به.

(9) في الأصل: زمانا.

للإحرام[1] بالحج.

ولأنه[2] قربة[3] لها إحلال[4] وإحرام[5]، وليس لإحلالها وقت معين، فيجب أن يكون إحرامها كذلك. دليله: العمرة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ [البقرة: 197] وأن الألف واللام لتعريف الجنس، وأن أقل[6] الجمع ثلاثة، إلى آخر ما ذكروه من الاحتجاج بهذه الآية، فكذلك نقول، وإنما المراد بذكر أشهر الحج: أن جل عمل الحج ومعظمه إنما يقع فيها، مثل الوقوف بعرفة الذي به يكون مدركًا للحج، وبفواته يفوته الحج، ولا يمنع من جواز عمل الحج قبل أشهر الحج[7]، كما لا يمنع ذلك من جواز الإفاضة بعد أشهر الحج وهو عمل من أعمال الحج.

وقد قال ﷺ: «الحج عرفة»[8]، وقال: «من وقف بعرفة فقد تم حجه»[9]، ونحن نعلم أنه قد بقي عليه كثير من عمل الحج، وإنما أراد عليه

---

(1) في الأصل: للحرام.

(2) في الأصل: ولا.

(3) أي: عبادة، وقد تقدم تعريفها.

(4) الإحلال من الحج: الخروج منه بعد انتهائه.

(5) الإحرام بالحج هو نية الدخول فيه.

(6) في الأصل: أهل. وهو تصحيف.

(7) بهذه الجملة خلل ما لم أهتد إلى إقامته.

(8) جزء من حديث أخرجه الأربعة: الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء من أدرك الإمام بِجَمْع فقد أدرك الحج. وأبو داود في كتاب المناسك باب من لم يدرك عرفة. والنسائي في كتاب مناسك الحج في: فرض الوقوف بعرفة. وابن ماجة في كتاب المناسك باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جَمْع. كلهم عن عبد الرحمٰن بن يعمر الذيلي.

(9) أخرجه أصحاب السنن الأربعة بألفاظ مختلفة عن عروة بن مضرس رضي الله عنه: أخرجه أبو داود في الحج باب من لم يدرك عرفة. والترمذي في أبواب الحج باب من أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي في المناسك، باب فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة، وابن ماجة في المناسك باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جَمْع. ولفظ الترمذي: «من شهد صلاتنا هذه ـ يعني المزدلفة ـ ووقف معنا حتى=

السلام: قد تم معظم حجه الذي يفوت الحج بفواته.

وقياسهم على [الصلاة][1]، غير صحيح، لأن الجمع بينهما بعيد، وذلك أن الحج له وقت يوقع فيه، ومكان يؤتى به فيه وهو عرفة، فجاز الإحرام به قبل أشهره، لأن ذلك لا يؤدي إلى الخروج منه قبل أشهره. والصلاة لو جاز الدخول فيها قبل وقتها لجاز له أن يخرج منها قبل وقتها، فلا يكون مصليًا، وأيضًا فإن الحج مخالف للصلاة، من قبل أن الصلاة يجوز قضاؤها لمن كانت عليه في أي وقت شاء من ليل أو نهار، وليس كذلك الحج لأنه إنما يجوز فعله في وقته زمانًا ومكانًا، إلا ما ذكرناه من جواز تقديم الإحرام به قبل أشهره، فصح وبان الفرق بين الحج والصلاة.

* * *

= ندفع وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهارًا، فقد أتم حجه، وقضى تفثه».

(1) تكملة يقتضيها السياق.

مسألة [104]:
[في من أحرم بحجتين أو عمرتين ماذا يلزمه]

ومن أحرم بحجتين أو بعمرتين لزمه واحدة، ولم تلزمه الأخرى(1). **وبه قال الشافعي**(2) **ومحمد بن الحسن.**

وقال أبو حنيفة، والقاضي أبو يوسف: يلزمانه جميعًا، فيؤدي الآن واحدة، ويقضي الأخرى(3).

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، وهذا قد عقد على نفسه حجتين أو عمرتين، فوجب عليه الوفاء بهما.

ولأنه عقد إحرامين لنُسُكين(4)، فعليه الإتيان بالأمرين جميعًا، دليله: ما إذا أحرم بعمرة وحجة معًا؛ حيث يلزمانه جميعًا بغير خلاف.

ولأنه زمن يجوز فيه أداؤهما(5)، ويجوز فيه نذرهما(6) والدخول فيهما.

---

(1) ن: التفريع 1 / 335، رؤوس المسائل لابن القصار 67، والإشراف 1 / 236 - 237، وهو مذهب الحنابلة. ن: المحرر في الفقه 1 / 236.

(2) ن: الأم 2 / 148، وفيها: «قال الشافعي رحمه الله تعالى: من أهل بحجتين معًا أو حج ثم أدخل عليه حجًا آخر قبل أن يكمل الحج فهو مهل بحج واحد ولا شيء عليه في الثاني من فدية ولا قضاء ولا غيره.»، ثم قال: «وقد روي من وجه عن عطاء أنه قال: إذا أهل بحجتين فهو مهل بحج وتابعه الحسن بن أبي الحسن»، ثم قال: «والقول في العمرتين هكذا»، وانظر: المجموع 7 / 146 - 147، 231.

(3) قال في رؤوس المسائل لابن القصار 67: «وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يلزمانه جميعًا ثم إن أبا حنيفة يقول: لا يكون محرمًا بهما حتى يتوجه في المسير، فإن توجه في المسير أو نقض أحدهما فعليه القضاء من قابل في الحج والعمرة..»، وانظر: المبسوط 4 / 184.

(4) النُّسُك: الذبح. وإنما يسمى الحج المناسك لظهور الذبح فيه. ن: حلية الفقهاء 121، والمغرب 450، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 165، والقاموس الفقهي 352 - 353.

(5) في الأصل: أداؤها.

(6) في الأصل: نذرها.

=

فوجب أن يجوز الإحرام بهما[1]؛ إلا أن فعلهما[2] معًا لا يتأدى مسرعًا[3]، فيؤدي الآن واحدة، ويقضي الأخرى في زمن يجوز فيه القضاء.

قالوا: ولا يلزم على هذا منع[4] الجمع بين أختين بعقد نكاح[5] [على كل][6] واحدة منهما[7]. وفي[8] مسألتنا إذا أحرم بحجتين أو بعمرتين، فإن واحـدة منهمـا تنعقد بإجماع، فوجب أن تنعقد الأخرى. والعقد على الأختين لا ينعقد على واحـدة منهما، كما ينعقـد الإحـرام على حجة أو عمرة في مسألتنا.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الإحرام بالحج ركن من أركان الحج، فلا يصح تصور الجمع بين ركنين من أركانه، كما لا يصح تصور الجمع بين وقوفين بعرفة، ولا بين طوافين بالبيت. فوجب ألا يصح تصور الجمع بين حجتين في سنة واحدة معًا.

ولأنه لا يجوز له المقام عليهما جميعًا بإجماع. فوجب ألا يجوز الإحرام بهما جميعًا. دليله: الصلاتان.

ولأنه أحرم بعبادتين، والزمان لا يتسع لفعلهما معًا، فوجب سقوط إحداهما وفعل[9] الأخرى. دليله: ما إذا [هـ104] نوى بنية واحدة صيام يومين من شهرين أو سنتين؛ حيث لا تجزئه نيته تلك عن صيام اليومين معًا، فكذلك

= والنذر إيجاب عين الفعل المباح على نفسه تعظيمًا لله تعالى. ن: التعريفات 240، والأنيس 301، والقاموس الفقهي 350.

(1) في الأصل: بها.
(2) في الأصل: فعلها.
(3) هكذا في الأصل.
(4) هكذا في الأصل، والراجح أنها زائدة لفساد المعنى بها، واستقامته بدونها.
(5) في الأصل: النكاح.
(6) تكملة يقتضيها السياق.
(7) في الأصل: منها.
(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: لأن في.
(9) في الأصل: لوقع.

مسألتنا إذا أحرم بحجين[1] أو عمرتين معًا.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، فلا حجة لهم فيه. لأن معناه الوفاء بما يتأتى تأديته شرعًا، والإحرام بحجتين أو بعمرتين ليس بمشروع لنا. فبطل ما قالوه.

وما احتجوا به من جواز الجمع بين العمرة[2] والحجة. فلا يشبه ذلك الإحرام بحجتين أو بعمرتين. لأن العمرة لا وقت لها من الزمان، ويصح الإحرام بها في كل زمن إلا في أيام[3] منى[4] لمن حج. وهذا على أصل مذهب مالك رحمه الله، والحج ليس كذلك، فإن ميقاته معلوم مكانًا وزمانًا، فلا يجوز فعله إلا في زمانه ومكانه. فلم يصح قياسهم الجمع بين حجتين على الجمع بين عمرة وحجة.

وما ذكروه من أنه زمان يجوز فيه نذرها، والدخول فيها، فإنما يجوز فعلها نذرًا أو غير نذر على الانفراد لا على الجمع كما قدمنا.

وما ذكروه من مسألة العقد على الأختين وأنه[5] لا يجوز أن يعقد ذلك العقد عليهما، ولا على إحداهما. فكذلك نقول، وإنما لم يجز ذلك العقد، لأنه عقد تعلق به حق الآدمي، وليس كذلك الإحرام بحجتين لأنهما لله عز وجل على الخلوص، فلزمت واحدة، وبطلت الأخرى.

***

---

(1) في الأصل: يججين.

(2) في الأصل: العمرتين.

(3) أيام منى: هي أيام التشريق أضيفت إلى منى لإقامة الحاج بها لرمي الجمار. ن: القاموس الفقهي 341، ولعل المراد هنا أيام 8 و9 من ذي الحجة.

(4) منى: بكسر الميم شعب ممدود بين جبلين بضاحية مكة المكرمة هما: جبل تبير، وجبل الضائع. تحد من جهة الغرب وجهة مكة بجمرة العقبة، ومن جهة الشرق وجهة مزدلفة وعرفات ببطن المسيل إذا هبطت من وادي محسر. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 157، وحلية الفقهاء 120، والمغرب 435، والطلبة 70، والقاموس الفقهي 341.

(5) في الأصل: فإنه.

مسألة [105]:
[في الإفراد بالحج هل هو أفضل من التمتع والقران أم لا؟]

الإفراد[1] بالحج أفضل من التمتع[2] والقران[3][4]. **وبه قال الشافعي**[5].
وقال أبو حنيفة: القران أفضل[6].
واحتج أصحابه بحديث حماد[7] **بن زيد عن**

---

(1) الإفراد في الحج: أن يقول الحاج حين الإحرام: لبيك بحجة لأنه أفردها ولم يقرن بها عمرة. ن: حلية الفقهاء 116، والقاموس الفقهي 282.
(2) التمتع: أن يهل الحاج بالعمرة في أشهر الحج ثم يخرج من عمرته إلى الحج. ن: حلية الفقهاء 116، والتعريفات 66، والأنيس 141.
(3) القران: أن يقول: لبيك بحجة وعمرة معًا. ن: حلية الفقهاء 116، والتعريفات 174، والأنيس 140.
(4) ن: التفريع 1 / 335، ورؤوس المسائل لابن القصار 59 - 60، والإشراف 1 / 223 - 224، والتلقين 67، والكافي 1 / 331، والمقدمات 1 / 397 - 398، والمنتقى 2 / 211 - 212، والقوانين الفقهية 112.
(5) أي في أحد قوليه بشرط أن يحج ثم يعتمر تلك السنة، فلو أخر العمرة عن سنته فكل واحد من التمتع والقران أفضل من الإفراد. ن: التنبيه 70، وفيه: «وأفضلها الإفراد ثم التمتع، ثم القران». وقال في المجموع 7 / 151: «أفضلها الإفراد، ثم القران ثم التمتع»، ثم قال: «قال أصحابنا وشرط تقديم الإفراد أن يحج ثم يعتمر في سنة...» ثم قال في صفحة 152: «وبه قال عمر بن الخطاب، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وجابر، وعائشة، ومالك والأوزاعي وأبو ثور وداود».
(6) ن: مختصر الطحاوي 61، والقدوري 28، والمبسوط 4 / 25 - 26، ورؤوس المسائل للزمخشري 253 - 254. وبه قال سفيان الثوري، وإسحاق بن راهويه، والمزني، وابن المنذر، وأبو إسحاق المروزي، وقال أحمد: التمتع أفضل. ن: المجموع 7 / 152، وفي رواية أبي شجاع عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الإفراد أفضل كقول مالك والشافعي.. ن: المبسوط 4 / 25.
(7) هو أبو إسماعيل حماد بن زيد بن درهم الأزدي البصري الحافظ. أحد الأعلام، روى عن أنس بن سيرين، وثابت، وعاصم بن بهدلة، وابن واسع، وأيوب، وخلق. وعنه إبراهيم بن=

حميد[1] بن عبد الرحمٰن عن أنس[2]، وحديث ابن عباس[3]، وطلحة[4]، وعمران[5] بن حصين أن النبي ﷺ قرن الحج[6].

قالوا: ولأنه أزيد الفعلين وأشق النسكين، وفيه دم[7] واجب. فوجب أن يكون ذلك أفضل لدخول الدم فيه.

قالوا: ولأن ما قلناه مروي عن علي رضي الله عنه، فكان أولى من غيره. لأن فيه زيادة على ما يروونه[8] وزيادة العدل[9]

= علية، والثوري، وابن مهدي، وخلق. توفي سنة 197هـ، وقيل: سنة 179هـ. خرج له الجماعة. ن: طبقات الحفاظ 103، والخلاصة 92.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هو أبو محمد طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي المدني الفياض أحد العشرة المبشرين بالجنة. وأحد الستة أصحاب الشورى، وأحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام. خرج له الجماعة. قتل يوم الجمل سنة 36 هـ، ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 5 / 235 - 249، والإصابة 5 / 232 - 235، والخلاصة 180.

(5) هو أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد الخزاعي، أسلم أيام خيبر، خرج له الستة. وهو من أعيان علماء الصحابة، روى عنه ابن محمد أو نجيد، والحسن. مات سنة 52هـ. ن: الخلاصة 295.

(6) حديث أنس أخرجه أبو داود في كتاب المناسك باب في القران، والترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في الجمع بين الحج والعمرة، والنسائي في كتاب مناسك الحج في القران، وابن ماجة في كتاب المناسك باب من قرن الحج والعمرة، وحديث ابن عباس أخرجه أبو داود في كتاب المناسك باب في الإقران، وابن ماجة في كتاب المناسك باب من قرن الحج والعمرة، وحديث عمران بن حصين أخرجه النسائي في كتاب مناسك الحج في القران، وحديث طلحة لم أقف عليه.

وقال الترمذي في حديث أنس: حديث حسن صحيح. وفي الباب عن عمر وعمران ابن حصين.

(7) دم: ذبيحة تسمى شرعًا عند الفقهاء هديًا.

(8) في الأصل: يرووه.

(9) العدل عند ابن عبد البر هو: كل حامل علم معروف العناية به، لقوله ﷺ: «يحمل هذا العلم=

الثقة[1] المأمون[2] مقبولة بإجماع منا ومنكم.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]، فأفرد جل وعلا الحج، ولم يذكر معه عمرة من قران ولا تمتع، وقوله ﷺ: «حجوا قبل أن لا تحجوا»[3] فأفرد الحج، ولم يضف إليه العمرة.

وروت عائشة، وجابر[4]، وابن عمر[5] رضي الله عنهم[6] أن النبي ﷺ أفرد الحج[7]، فكان ما قلناه أولى [لأنه من رواية][8] الثقة العدل: عائشة، وفقهها غير خفي، وحفظ جابر[9]، لأنه لم يرو واحد حِجَّ رسول الله ﷺ من أوله إلى آخره كما رواه جابر[10]، وقرب ابن عمر[11]

= من كل خلف عدوله». ن: علوم الحديث 95، والعدل يحتج بحديثه إذا كان ضابطًا. وانظر: القاموس الفقهي 244.

(1) الثقة: الموثوق به. وإذا قيل للشخص إنه ثقة، فهو ممن يحتج بحديثه. ن: علوم الحديث 110.

(2) المأمون: إذا قيل في المحدث إنه مأمون فهو ممن يعتبر بحديثه. ن: معجم المصطلحات الحديثية 84.

(3) تقدم تخريجه.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) في الأصل: عنه.

(7) أخرج حديث ابن عمر الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في إفراد الحج، وحديث جابر: أبو داود في كتاب المناسك باب في إفراد الحج، وابن ماجة في كتاب المناسك باب الإفراد بالحج. وحديث عائشة أخرجه البخاري في كتاب الحج باب التمتع والقران. ومسلم في كتاب الحج باب بيان وجوه الإحرام. وأبو داود في كتاب المناسك باب في إفراد الحج، والترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في إفراد الحج، والنسائي في كتاب المناسك باب إفراد الحج، وابن ماجة باب الإفراد بالحج.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) تقدمت ترجمته.

(11) تقدمت ترجمته.

من[1] رسول الله ﷺ في حجه. لأنه قال: «كنت تحت رأس ناقة رسول الله ﷺ يمسني لعابها»[2].

ولأنه إذا قرن العمرة والحج، اقتصر في ذلك على سفر واحد، وزورة واحدة، فكان ذلك أخف وأقل تعبًا عليه، وإذا أفرد بالحج في سفر، والعمرة في سفر آخر. ففي سفرين استكثار تعب، وقطع مشاق، والثواب على قدر المشقة، فكلما كثر التعب والنصب كثر الثواب وإذا كان الثواب أكثر، كان فعل ذلك أفضل، لأنه أتى بنسكين مفرقين[3] في إحرامين، وإحلالين في سفرين خاليين[4] من الدم الداخل في هذين العبادتين[5]، جبرانًا للنقص الداخل فيهما[6].

ولأن بعض[7] السلف أنكر القِرَان، وأنكر عمر التمتع، ولم ينكر أحد[8] من العلماء الإفراد، فثبت بهذا أن الإفراد به أفضل.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الأحاديث، فهو معارض بما رويناه. لأنه أثبت نقلاً، وأكثر عمل[9] الصحابة والتابعين[10].

وقد سئل ابن عمر[11] عن حج النبي عليه السلام، فقال: «أفرد الحج» فقيل له: فإن أنسًا[12] يقول: «قرن رسول الله ﷺ الحج» فقال ابن

---

(1) في الأصل: عن.
(2) لم أقف عليه.
(3) في الأصل: مقرنين.
(4) في الأصل: خاليًا.
(5) في الأصل: العبادة.
(6) في الأصل: فيها.
(7) هنا كلمتان كأنه مضروب عليهما.
(8) هذه الكلمة كأنه مضروب عليها في الأصل.
(9) في الأصل: عملاً.
(10) كعمر وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وعائشة، وجابر. ن: المجموع 7 / 152.
(11) تقدمت ترجمته.
(12) تقدمت ترجمته.

عمر[1]: «نسي أنس»، فبلغ ذلك أنسًا[2] فغضب وقال: «كنا[3] صبيانًا»[4].

وقد ثبت أن أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أفردوا الحج[5]، وظاهر أمرهم في ذلك أنهم اقتدوا بفعل رسول الله ﷺ.

فإن صحت رواية القران، فيجوز أن يكون معناها أنه عليه السلام اعتمر عقيب حجه، ويجوز أن يكون الراوي إنما أخذه تلقينًا[6] وتعليمًا من النبي عليه السلام، لأنه غير بعيد أن يكون سأل النبي عليه السلام [هـ 105] عن القران في الحج هل يجوز؟ فقال له عليه السلام: نعم يجوز. ونحن نقول بجواز ذلك؛ إلا أن الإفراد عندنا أفضل منه.

وأما رواية التمتع، فيحتمل أن يكون النبي عليه السلام فرقه بإسقاط فرض العمرة، فأتى بها من أدنى الحِل[7] إلى مكة.

* * *

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: كلنا.

(4) لم أقف عليه.

(5) أخرج الدارقطني في كتاب الحج باب المواقيت 2 / 239 عن ابن عمر أن النبي ﷺ استعمل عتاب بن أسيد على الحج، فأفرد، ثم استعمل أبا بكر سنة 9 فأفرد الحج، ثم حج رسول الله ﷺ سنة عشر فأفرد الحج، ثم توفي رسول الله ﷺ واستخلف أبو بكر، فبعث عمر فأفرد الحج، ثم حج أبو بكر فأفرد الحج، وتوفي أبو بكر واستخلف عمر، فبعث عبد الرحمٰن بن عوف فأفرد الحج، ثم حج عمر سنيه كلها فأفرد الحج، وتوفي عمر واستخلف عثمان فأفرد الحج، ثم حصر عثمان فأقام عبد الله بالناس فأفرد الحج».

(6) التلقين: الإفهام. ن: القاموس الفقهي 332.

(7) الحل ما جاوز الحرم. ن: القاموس الفقهي 100.

مسألة [106]:

[في المحرم هل يجوز له أن يُزَوِّج أو يتزوج أم لا؟]

لا يَنكِح المحرم ولا يُنكَح[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز أن ينكح وينكح[3].

واحتج أصحابه بحديث ابن عباس[4] أن النبي ﷺ تزوج ميمونة[5] وهو محرم[6]، وأن عائشة رضي الله عنها قالت: «تزوج رسول الله ﷺ بعض نسائه

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 62، والإشراف 1 / 234، والمنتقى 2 / 238 - 239، والبداية 1 / 565.

(2) ن: التنبيه 72، وقال في المجموع 7 / 287 - 288: «مذهبنا أنه لا يصح تزوج المحرم ولا تزويجه، وبه قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم، وهو مذهب عمر بن الخطاب، وعثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والزهري ومالك وأحمد، وإسحاق، وداود وغيرهم». وهو قول الأوزاعي والليث أيضًا. ن: البداية 1 / 565.

(3) قال في المبسوط 4 / 191: «وعندنا يجوز للمحرم أن يتزوج وأن يزوج وليته، وعند الشافعي رحمه الله تعالى: ليس للمحرم أن يتزوج، ولا أن يزوج، ولو فعل لم ينعقد النكاح».

وبقول أبي حنيفة قال الحكم والثوري. ن: المجموع 7 / 288.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) هي ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، آخر امرأة تزوجها رسول الله ﷺ سنة 7 هـ، وكان اسمها برة فسماها ميمونة. روت عدة أحاديث عن الرسول عليه السلام.

ن: طبقات ابن سعد 8 / 132، وأسد الغابة 6 / 272، رقم 7297، والإصابة كتاب النساء 4 / 413 رقم 1026.

(6) أخرجه البخاري في النكاح باب تزويج المحرم، وزاد في آخر الحديث: «وبنى بها وهو حلال، ومات بسَرِف..»، وأبو داود في كتاب المناسك باب المحرم يتزوج، والنسائي في كتاب مناسك الحج، في الرخصة في النكاح للمحرم، والترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في الرخصة في ذلك.

وهو محرم»[1].

قالوا: ولأنه سبب يبيح الوطء، فالإحرام لا يمنع منه. دليله: ما لو ارتجع مطلقة حيث يجوز له ذلك بإجماع.

ولأنه ممنوع من الاستمتاع بالنساء، فلا يمنع مما يملك به ذلك الاستمتاع وهو عقد النكاح. دليله: ما لو اشترى أمة للوطء، أو طيبًا[2] ليطيب[3] به بعد الإحلال. فإن ذلك جائز له[4] بإجماع.

ولأنها[5] عبادة يجبر نقصانها بالكفارة، فلا يمنع فيها من عقد النكاح. دليله: الصيام.

ولأنها عبادة تمنع من مباشرة النساء، ولها تعلق بالمسجد، فيجوز عقد النكاح فيها. دليله: الاعتكاف.

ولأن النكاح عقد معاوضة، فلا ينافيه الإحرام. دليله: البيع.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ، قال: «لا ينكح المحرم ولا ينكح»[6]، وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وزيد[7] ابن ثابت.

---

(1) لم أقف عليه.

(2) الطيب: ما يتطيب به من عطر ونحوه. القاموس 236.

(3) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: ليتطيب.

(4) في الأصل: فيها.

(5) في الأصل: فإنها.

(6) أخرجه أبو داود في كتاب المناسك باب المحرم يتزوج، والترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في كراهة تزويج المحرم، والنسائي في كتاب مناسك الحج في: النهي عن النكاح للمحرم. ومالك في الموطأ في نكاح المحرم في كتاب الحج.

(7) هو أبو سعيد أو أبو عبد الرحمٰن زيد بن ثابت بن الضحاك الخزرجي، قدم رسول الله ﷺ وله 11 سنة شهد أحدًا وما بعدها. قال سليمان بن يسار: كان عمر وعثمان لا يقدمان على زيد ابن ثابت أحدًا في القضاء والفتوى والفرائض والقراءة. توفي سنة 45هـ بالمدينة. فقال ابن عمر رضي الله عنه: مات عالم الناس اليوم.

ن: طبقات الشيرازي 46 - 47، والخلاصة 127، والرياض 84.

وروى ربيعة[1] بن أبي عبد الرحمٰن عن سليمان[2] بن يسار عن أبي رافع[3] مولى رسول الله ﷺ، أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال[4].

وروى ابن عيينة[5] عن ابن شهاب[6] عن يزيد[7] بن الأصم أن رسول الله

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) هو أبو أيوب سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث وهو أخو عطاء وعبد الملك وعبد الله بني يسار. وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة. قال مالك: سليمان من أعلم الناس عندنا بعد سعيد بن المسيب. قيل: توفي سنة 100هـ، وقيل: 104هـ، وقيل: غير ذلك.
ن: تاريخ أسماء الثقات 148، وطبقات الشيرازي 60 - 61، وطبقات الحفاظ 42، والخلاصة 155.

(3) هو أبو رافع مولى رسول الله ﷺ اسمه إبراهيم أو أسلم أو ثابت، شهد أحدًا والخندق. خرج له الستة. روى عنه ابنه عبيدالله، وسليمان بن يسار. قال الواقدي: مات بعد عثمان بقليل.
ن: الخلاصة 449.

(4) أخرجه الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء في كراهة تزويج المحرم، وتمام الحديث عنده: «وبنى بها وهو حلال وكنت أنا الرسول فيما بينهما». وقال: هذا حديث حسن، ولا نعلم أحدًا أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة. وأخرجه مالك في نكاح المحرم من كتاب الحج، وفيه: «عن سليمان بن يسار أن رسول الله بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله بالمدينة قبل أن يخرج».

(5) هو سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي، أبو محمد الكوفي ثم المكي، ثقة حافظ، فقيه، إمام، حجة. إلا أنه تغير حفظه بآخرة. وكان ربما دلس لكن عن الثقات، مات سنة 198هـ، وله 90 سنة. أحد الأئمة الأعلام وروى عن عن عمرو بن دينار، والزهري، وزيد ابن أسلم، وخلق، وعنه شعبة، ومسعر، وابن المبارك وأحمد وإسحاق وابن معين وأمم خرج له الجماعة. ن: الخلاصة 145 - 146.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) هو أبو عوف يزيد بن الأصم العامري البكائي الكوفي، نزيل الرقة. خرج له البخاري تعليقًا، ومسلم والأربعة، روى عن خالته ميمونة، وابن خالته ابن عباس، وعنه ميمون بن مهران والزهري. وثقه النسائي، وأبو زرعة والعجلي. قال أبو عبيدة: مات سنة 103هـ. ن: الخلاصة 430.

ﷺ تزوج ميمونة[1] وهو حلال[2].

ولأن النكاح عقد معاوضة لفراش يحدث عنده تذكر الجماع[3] فتعظم[4] عند ذلك شهوة[5] النفس، فوجب أن يمنع المحرم منه[6] لما كان ذلك داعيًا إلى الجماع. دليله: الطيب لما كان داعيًا إلى الجماع، كان ممنوعًا منه بإجماع[7].

ولأن المعتدّة ممنوعة من الطيب والزينة، فمنعت من عقد النكاح، لأنه داع إلى الوطء. فوجب أن يكون المحرم كذلك لما كان ممنوعًا من الطيب، وجب أن يكون ممنوعًا من عقد النكاح.

وأما قولنا: لا ينكح غيره، فلأن إنكاحه غيره يحدث له تذكر الجماع فمنع من ذلك، ولأنه أيضًا ممن[8] لا يصح أن يعقد على نفسه، فلم يصح عقده على غيره. دليله: المحجور[9] عليه.

---

(1) تقدمت ترجمتها.

(2) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته، وهذا نص لفظه: «حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا يحيى بن آدم، حدثنا جرير بن حازم، حدثنا أبو فزارة عن يزيد بن الأصم، حدثتني ميمونة بنت الحارث: أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال، قال: «وكانت خالتي وخالة ابن عباس»». وأخرجه الترمذي في كتاب أبواب الحج باب ما جاء في الرخصة في ذلك، وأبو داود في كتاب المناسك باب المحرم يتزوج.

(3) الجماع كناية عن الوطء. ن: المغرب 90، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 54، والقاموس الفقهي 66.

(4) في الأصل: ويعظم.

(5) في الأصل: شهرة.

(6) في الأصل: عنه.

(7) قال في الإجماع 17: «وأجمعوا أن المحرم ممنوع من الجماع، وقتل الصيد، والطيب، وبعض اللباس، وأخذ الشعر، وتقليم الأظافر، وانظر: المراتب 42، والإقناع لـ 27.

(8) في الأصل: مما.

(9) المحجور عليه الممنوع من التصرف في ماله لنقصان أهليته. ن: القاموس الفقهي 77 - 78.

فإذا ثبت [هذا][1] فما احتجوا به من حديث ابن عباس[2]، فمعارض بحديث أبي رافع[3]، ويترجح قولنا على قولهم بحديث عثمان، لأنه لا معارض له.

ولأن الحكم بحديث أبي رافع[4] لو لم يكن حديث عثمان، أولى، لأنه قد زاد على حديث ابن عباس[5]، وزيادة العدل الثقة مقبولة. والزيادة هي قوله: «تزوج رسول الله ﷺ ميمونة[6] وهو حلال، وأن النبي عليه السلام بعثه إليها هو ورجل من الأنصار، فزوجاه إياها وهو بالمدينة قبل أن يخرج إلى الحج»[7]، فهذه الزيادة مقبولة، معارضة لما رووه عن ابن عباس[8].

وأما ما ذكروه من القياس، فلا جريان له مع نص حديث عثمان، وحديث أبي رافع[9] والله أعلم.

* * *

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.
(2) تقدمت ترجمته.
(3) تقدمت ترجمته.
(4) تقدمت ترجمته.
(5) تقدمت ترجمته.
(6) تقدمت ترجمتها.
(7) تقدمت تخريجه من الموطأ في نكاح المحرم من كتاب الحج.
(8) تقدمت ترجمته.
(9) تقدمت ترجمته.

مسألة [107]:

[في الحاج إذا دفع من عرفات قبل غروب الشمس هل يجزئه حجه أم لا؟]

إذا دفع[1] من عرفات قبل غروب الشمس، لم يجزئه حجه[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجزئه وقوفه وحجه[3]؛ إلا أن الشافعي يقول: إن أفرد النهار بالوقوف دون الليل أجزأه. وعليه الدم[4].

واحتج أصحابهما بحديث عروة[5] بن مضرس، قال: أتيت النبي ﷺ، فقلت: يارسول الله، جئت من جبلي طيئ[6]، أكللت[7] راحلتي، وأتعبت نفسي، وما من جبل إلا وقفت عليه، فهل لي من حج؟ فقال له رسول الله ﷺ:

---

(1) دفع من عرفات: انصرف منها إلى المزدلفة.

(2) ن: التفريع 1 / 341، ورؤوس المسائل لابن القصار 64، والكافي 1 / 311، وقال في البداية 1 / 594: «واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال، ثم دفع منها قبل غروب الشمس، فقال مالك: عليه حج من قابل إلا أن يرجع قبل الفجر...، وقال جمهور العلماء: من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وإن دفع قبل الغروب».

(3) قال في المبسوط 4 / 55: «ومن وقف بعرفة بعد الزوال، ثم أفاض من ساعته، أو أفاض قبل غروب الشمس، أو صلى بها الصلاتين ولم يقف وأفاض أجزأه عندنا، وعلى قول مالك رحمه الله تعالى لا يجزئه إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل، وذلك بأن تكون إفاضته بعد غروب الشمس».

وانظر التنبيه 77، والوجيز 1 / 120، وقال في المجموع 8 / 102: «فلو وقف بعد الزوال ثم أفاض قبل الغروب فحجه صحيح بلا خلاف (أي في المذهب) كما ذكرنا، ثم إن عاد إلى عرفات وبقي بها حتى غربت الشمس فلا دم، وإن لم يعد حتى طلع الفجر أراق دمًا».

(4) ن: التنبيه 77، وفيه: «فإن دفع قبل الغروب لزمه دم في أحد القولين».

(5) هو عروة بن مُضرس بن أوس بن حارثة الطائي، شهد الوداع، خرج له الأربعة، له عشرة أحاديث، روى عنه الشعبي. ن: الخلاصة 265.

(6) طيء قبيلة عربية مشهورة، وإليها ينسب حاتم الطائي.

(7) في الأصل: أكلت.

«من صلى معنا الغداة[1] بجَمْع[2] وقد أتى عرفة قبل ذلك ليلاً أو نهارًا، فقد تم حجه، وقضى تَفَثه[3]»[4].

قالوا: ولأن الوقوف بعرفة ركن من أركان الحج، فوجب ألا يختص به زمن دون زمن. دليله: الطواف والسعي.

قالوا: ولأن الوقوف بالنهار هو المقصود، والليل في حكم التبع له، بدليل أنه عليه السلام أكثر الوقوف بالنهار وقلله بالليل، لأنه عليه السلام نفر[5] من عرفة حين غربت الشمس، فلو كان المقصود بالوقوف[6] هو الليل، وكان النهار تبعًا له، لكان النهار أخص بالحكم من المتبوع المقصود. فلما وقف ﷺ نهارًا، ونفر عند غروب الشمس، علمنا أن النهار هو المقصود، وأن الليل في حكم التبع.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن النبي ﷺ وقف بعرفة حتى غربت الشمس، ثم دفع بعد غروبها، وقال: «خذوا عني مناسككم»[7]، وقال ﷺ: «خالفوا المشركين، لا تدفعوا حتى تغرب الشمس»[8].

---

(1) أي: صلاة الغداة وهي صلاة الصبح.

(2) بجمع: أي بمزدلفة لأنها تسمى بجمع. ن: القاموس الفقهي 66.

(3) التَّفَث: هو ما يفعله المحرم بالحج إذا حل، كقص الشارب والأظفار. ن: النهاية لابن الأثير / تفث.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب المناسك باب من لم يدرك عرفة، والترمذي في كتاب الحج، باب ما جاء من أدرك الإمام بجمع، والنسائي في كتاب مناسك الحج باب في من لم يدرك عرفة، وابن ماجة في كتاب المناسك باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة الجمع، والإمام أحمد في المسند، مسند عروة ابن مضرس. والحاكم في المستدرك في كتاب المناسك باب من أتى عرفات ولم يدرك الإمام، وقال: هذا حديث صحيح على شرط كافة أئمة الحديث.

(5) في الأصل: بفر.

(6) في الأصل: الوقوف.

(7) أخرجه مسلم في كتاب الحج باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر. . . عن جابر بلفظ قريب هذا نصه: «رأيت النبي ﷺ يرمي على راحلته يوم النحر، ويقول: «لتأخذوا مناسككم، فإني لا أدري لعلي لا أحج بعد حجتي هذه».

(8) لم أقف عليه.

وروى نافع[1] عن ابن عمر[2] عن النبي أنه قال: «من وقف ليلاً فقد تم حجه»[3] دليله[4]: من وقف نهارًا ولم يقف ليلاً لم يتم حجه.

ولأن الوقوف بالليل هو الأصل، والوقوف بالنهار في حكم التبع له بدليل أن الليل كله محل[5] للوقوف من أوله إلى آخره. وليس النهار كذلك، لأنه لو وقف نهارًا قبل الزوال، ثم انصرف، لم يجزئه حجه بإجماع منا ومنهم.

ويدل على [أن][6] وقوف النهار تبع لوقوف الليل: هو أن بعض من يقول: إن وقوف النهار يجزئه دون وقوف الليل، يقول: إنه إذا لم يقف شيئًا من الليل أن عليه الدم لترك الوقوف بالليل؛ وقد أجمعنا نحن وإياهم أنه لو أفرد الليل بالوقوف، ولم يقف بالنهار شيئًا أن حجه يجزئه ولا يجب عليه دم. فدل هذا على أن الدم إنما وجب عليه لترك الوقوف في [هـ 106] آكد الزمانين وأولاهما بالوقوف. وعلى[7] هذا لا[8] يجوز أن يكون الوقوف بالليل تبعًا، والنهار هو المتبوع المقصود ثم يجب الدم لترك الوقوف في التبع دون المتبوع، لأن ذلك يوجب تفضيل التبع على المقصود المتبوع. وذلك خلاف الأصول.

وقد اختلف أصحاب الشافعي في الدم الذي يكون على من خص[9]

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) أخرجه الدارقطني في كتاب الحج باب المواقيت تحت رقم 21، وهذا نص لفظه بتمامه: «عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من وقف بعرفات بليل فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفات بليل فقد فاته الحج، فليحل بعمرة، وعليه الحج من قابل»، ثم قال: «رحمة بن مصعب (رجل في سنده) ضعيف، ولم يأت به غيره».

(4) أي: مفهومه المخالف.

(5) في الأصل: محلاً.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) في الأصل: على.

(8) في الأصل: ولا.

(9) في الأصل: حضر.

النهار بالوقوف دون الليل، فمنهم من قال: إنه دم واجب[1]، ومنهم من قال إنه مستحب[2]. والقول بأنه دم مستحب لا يعصمهم مما ألزمناهم. لأنه وقف في زمان يصح صومه، فوجب ألا يجزئه، دليله: ما إذا وقف قبل الزوال.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث عروة[3] بن مضرس، فهو حديث ضعيف[4] لأن راويه محمد[5] بن إسحاق وهو ضعيف. تكلم فيه مالك، وقال: أحد الدجاجلة[6]، وقال أحمد بن حنبل: لا يؤخذ من أحاديثه إلا المغازي[7] وحدها. ولو صح الحديث لم يضرنا، ويكون معنى قوله: ليلاً أو نهارًا، معناه[8]: ليلاً ونهارًا بإسقاط الألف التي قبل الواو، وذلك جائز في اللغة[9]، بدليل قوله عز وجل: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان: 24]، معناه: آثمًا وكفورًا. قال الشاعر[10]:

نال الإمارة أو كانت له سببًا كما أتى ربه موسى على قدر[11]

معناه: وكانت له سببًا.

---

(1) وهو نص الشافعي في الأم والقديم. ن: المجموع 8 / 102.

(2) ن: نفس المصدر.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) وقد ضُعِّف من جهة أن الشيخين لم يخرجاه، ومن جهة أنه لم يروه عن عروة بن مضرس إلا واحد وهو عامر الشعبي، غير أنه مع ذلك قد قال بتصحيحه الترمذي، والحاكم، والدارقطني، وأبو بكر بن العربي، وأخرجه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان. ن: التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 240، وقال في البداية 1 / 594: «وهو حديث مجمع على صحته».

(5) تقدمت ترجمته، وهو صاحب المغازي المشهور.

(6) لم أقف عليه.

(7) لم أقف عليه.

(8) في الأصل: معنا.

(9) وهو قول بعض الكوفيين. انظر المغني لابن هشام 91.

(10) وهو جرير.

(11) ن: المغني 89، الشاهد 95، حرف أو، وشرح ابن عقيل. الشاهد 296، باب عطف النسق، وفي المتن: كما أنا ربه موسى على قدر، والصواب ما أثبتناه، وهو من ديوان الشاعر.

وقولهم: إن الوقوف ركن من أركان الحج، فوجب ألا يختصّ به زمن[1] دون زمن. دليله: الطواف والسعي. غير لازم. لأن الطواف والسعي، يستوي جعلهما في جميع أجزاء الليل وجميع أجزاء النهار من غير نقص ولا جبران، وليس كذلك إذا وقف بعرفة نهارًا ولم يقف ليلاً.

وقولهم: إن الوقوف بالليل في حكم التبع للوقوف بالنهار، بدليل أن النبي ﷺ أكثر الوقوف بالنهار، وقلله بالليل. فقد[2] أغفلوا العلة التي أوجبت ذلك، فالعلة التي أوجبته: أن إطالة الوقوف إنما شرع للاستكثار من الدعاء، ولو أطال الوقوف بالليل كما أطاله بالنهار، لأدى ذلك إلى ترك سنة مؤكدة، لا ينبغي تركها جملة. وهي[3]: الجمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة[4].

ولو لم يطل الوقوف بالنهار، لبطل الغرض المقصود بالوقوف، وهو الدعاء والتضرع إلى الله تعالى في حوائج الدين والدنيا.

ولو أطال الوقوف بالليل، لبطل حكم الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة. وهذا بين إن شاء الله، ولا إشكال فيه.

***

---

(1) وفي الأصل: زمنا.

(2) في الأصل: وقد.

(3) في الأصل: وهو.

(4) المزدلفة هي المشعر الحرام، وهو موضع بين عرفات ومنى، وسميت بذلك من الزلفى، وهي القربة، يقال: ازدلف القوم بعضهم إلى بعض إذا تقاربوا، فسميت المزدلفة لاقتراب الناس إلى منى بعد الإفاضة من عرفات. ن: غريب المدونة 22، وحلية الفقهاء 119، والطلبة 73.

مسألة [108]:

[في المحرم إذا وطئ بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة ما حكم حجه]

إذا وطئ المحرم بعد الوقوف بعرفة، وقبل رمي جمرة العقبة[1]، فسد حجه[2]. هذا هو الظاهر من مذهب مالك، وعليه تقع المناظرة[3]. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال بعض[5] **أصحابنا**: لا يفسد حجه. وبه قال أبو حنيفة[6].

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «من صلى معنا صلاتنا هذه، ووقف معنا

---

(1) جمرة العقبة هي الجمرة الكبرى، وهي حد منى من الجانب الغربي جهة مكة، وهي ثالثة الجمار، ويرمي إليها الحاج صباح يوم النحر. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 58، ، والطلبة 73، والقاموس الفقهي 65.

(2) إذا لم يكن طاف للإفاضة. ن: التفريع 1 / 349، ورؤوس المسائل لابن القصار 64، والإشراف 1 / 234 - 235، والكافي 1 / 343 - 344، والتمهيد 19 / 309 - 311، والبداية 1 / 631 - 632، والقوانين الفقهية 121.

(3) المناظرة مفاعلة من نظرت إلى الشيء: إذا أنت تأملته، فكذلك المتناظران ينظر كل واحد منهما إلى ما عند صاحبه من الجواب والكلام في الذي قد تنازعاه. ن: حلية الفقهاء 24.

وهي أيضًا: المحاورة بين فريقين حول موضوع، لكل منهما وجهة نظر فيه تختلف عن وجهة نظر الفريق الآخر. ن: ضوابط المعرفة 371.

(4) قال في المجموع 7 / 414: إذا وطئها بعد الوقوف بعرفات قبل التحللين فسد حجه وعليه المضي في فاسده، وبدنة، والقضاء، هذا مذهبنا. وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يفسد، ولكن عليه بدنة، وعن مالك رواية أنه لا يفسد.

(5) بل هو رواية عن مالك. ن: التفريع 1 / 349، والبداية 1 / 361 - 362، والمجموع 7 / 414.

(6) ن: المبسوط 4 / 119، وقال في البدائع 217 / 2، ط 2، 74: «والثاني أن يكون (أي الجماع) قبل الوقوف بعرفة، فإن كان بعد الوقوف بها، لا يفسد الحج عندنا».

موقفنا بالأمس من ليل أو نهار، فقد تم حجه، وقضى تفثه»[1]، قالوا: ولفظ التمام، يكون لأحد أمرين: إما للفراغ من الفعل، أو لقطع فساد يدخل على ذلك الفعل؛ وقد علم أن لفظ التمام ها هنا ليس لتمام الفعل. وإذا لم يكن لتمام الفعل، كان لنفي الفساد عن الفعل.

ولأنه وقت قد أمن فيه من الفسادات، فالوطء[2] فيه لا يفسد حجه. أصله: إذا جامع بعد رمي جمرة العقبة.

ولأنه لو وطئ بعد جمرة العقبة، وقبل طواف الإفاضة، لم يوجب ذلك فساد حجه. فوجب أن يكون كذلك إذا وطئ قبل جمرة العقبة، والعلة في ذلك أن كل واحد من الرمي والوطء لا يوجب الفوات فوجب ألا يوجب الفساد.

ولأن المنع من الوطء بعد الوقوف بعرفة، إنما هو لأجل الطواف، لا لأجل الرمي، بدليل أنه ممنوع من الوطء أيضًا بعد الرمي ما لم يطف طواف[3] الإفاضة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: 197]. هذا وإن كانت[4] صيغته صيغة الخبر. فمعناه النهي، تقديره: لا ترفثوا في الحج. وإذا كان ذلك كذلك، فالنهي يقتضي فساد العقد المنهي عنه. فإذا رفث في الحج، ارتكب النهي، فوجب ألا يكون ذلك الحج حجًا شرعيًا.

ولأنه وطء صادف إحرامًا منعقدًا، لم يقع منه تحلل، فأشبه ما إذا وطئ قبل الوقوف بعرفة.

ولأن الوطء مفسد للإحرام بإجماع منا ومنهم، والإحرام بعد الوقوف بعرفة قائم بتمامه وكماله، فإذا[5] وجد عامل الفساد في محل العمل، وجب أن

---

(1) تقدم تخريجه من حديث عروة بن مضرس بلفظ قريب.

(2) في الأصل: والوطء.

(3) طواف الإفاضة هو طواف يوم النحر؛ حيث ينصرف الحاج بعد رمي جمرة العقبة من منى إلى مكة فيطوف بالبيت ثم يعود إلى رمي باقي الجمار. ن: القاموس الفقهي 292.

(4) في الأصل: تابنت.

(5) في الأصل: وإذا.

يعمل، ويدل على ذلك ما هو معقول في الحسيات، وذلك أن السيف لما كان عاملاً في القطع، والنار عاملة في الإحراق، والماء عاملاً في الإرواء، فإذا وجد شيء من ذلك في محل عمله، عمل. كذلك مسألتنا.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحديث. غير لازم. لأن حقيقة اسم التمام، إنما هو الفراغ من العبادة، وأنه لم يبق منها شيء، فإن استعمل في غيره فهو مجاز.

وقولهم: ولأنه وقت أُمِن فيه الفساد، فلم يلحقه الفساد بالوطء، كما لو وطئ بعد الرمي، ليس بصحيح. لأن الأمن [من][1] فوات الشيء، لا يمنع من طروء[2] الفساد عليه، اعتبارًا بالأصول كلها. ألا ترى أن من أدرك الصلاة مع الإمام أو بعضها، قد أمن فواتها، وهو مع ذلك قد يلحقه فساد فيها، فلا[3] يجوز أن يعلق امتناع أحدهما بامتناع الآخر، وإمكانه بإمكانه.

ولأن معنى الفوات يقتضي الرفث الذي تعلق الفعل به، ولم يفعل فيه، فلا يجوز أن يقاس عليه الفساد في أنه إذا أمن من أحدهما أمن من الآخر.

وقولهم: إن المنع من الوطء بعد الوقوف إنما هو لأجل الطواف، لا لأجل الرمي. باطل، وإنما المنع من الوطء عندنا لعدم كمال [هـ 107] التحلل[4] الذي لا يكون إلا بالطواف لا بالرمي بانفراده. والتحلل تحللان[5]: تحلل أصغر[6]، وتحلل أكبر[7]. والتحلل الأصغر: رمي جمرة العقبة، والتحلل الأكبر: طواف الإفاضة. لأنه يبيح جميع محظورات الإحرام. والله أعلم.

* * *

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: طرق.

(3) في الأصل: ولا.

(4) في الأصل: المحلل.

(5) في الأصل: يحل لان.

(6) في الأصل: الصغر.

(7) في الأصل: الكبر.

مسألة [109]:

[في المحرم إذا وطئ بعد رمي جمرة العقبة، وقبل طواف الإفاضة ما حكم حجه؟]

إذا وطئ بعد [رمي][1] جمرة العقبة، وقبل طواف الإفاضة، لم يفسد حجه[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3] **والشافعي**[4].

وقال أبو بكر[5] **بن الجهم من أصحابنا**: رأيت رواية لأبي[6] مصعب عن مالك أن حجه يفسد، إذا وطئ قبل أن يطوف طواف الإفاضة[7]. قال أبو

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) ن: التفريع 1 / 349، ورؤوس المسائل لابن القصار 64، وفيها: «إذا وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقبل الطواف ففي فساد الحج روايتان. الصحيح منهما أنه لا يفسد...»، والإشراف 1 / 235، والكافي 1 / 344، وفيه تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، والتمهيد 19 / 309 - 311، والبداية 1 / 631، والقوانين الفقهية 121، وعند مالك عليه العمرة والهدي، ولا عمرة عليه عند أبي حنيفة والشافعي.

(3) ن: المبسوط 4 / 119، والبدائع 2 / 217، ط 2، 74.

(4) قال في المجموع 7 / 414: «إذا وطئ بعد التحلل الأول وقبل الثاني لم يفسد حجه عندنا، ولكن عليه الفدية...».

(5) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن الجهم بن حبيش، ويعرف بابن الوراق المروزي. صحب إسماعيل القاضي وسمع منه، وتفقه معه، ومع كبار أصحاب ابن بكير وغيره. روى عن إبراهيم بن حماد، وعبد الله بن أحمد بن حنبل وغيرهما. له كتب جليلة على مذهب مالك. منها كتاب الرد على محمد بن الحسن، وكتاب مسائل الخلاف، والحجة لمذهب مالك، وشرح مختصر بن عبد الحكم الصغير، وكتاب بيان السنة خمسون كتابًا. توفي سنة 329هـ. ن: الديباج 2 / 185، والشجرة 78 - 79.

(6) هو أبو مصعب أحمد بن أبي بكر القاسم بن الحارث بن عوف الزهري. روى عن مالك الموطأ وغيره. وتفقه بأصحابه: المغيرة وابن دينار، وروى عن الداراوردي وغيره. وله مختصر في قول مالك مشهور. ولي قضاء المدينة والكوفة، وكان من أعلم أهل المدينة. روى عنه البخاري ومسلم، والذهلي، وإسماعيل القاضي، والرازيان (أي أبو زرعة وأبو حاتم)، وغيرهم. وهو صدوق من أهل الثقة في الحديث. ن: والديباج 1 / 140 - 141.

(7) وهو قول ابن وهب وأشهب. ن: الكافي 1 / 344.

بكر[1]: وهو عندي أقيس. لأن الله عز وجل قال: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: 197] فمن[2] وطئ قبل كمال التحلل، فقد أوقع الرفث المنهي عنه في الحج، فوجب لذلك فساده.

ولأنها[3] حالة هو ممنوع فيها من الوطء لبقاء الإحرام، فوجب أن يفسد بوقوعه فيها، اعتبارًا بوقوعه قبل الرمي.

ولأنها حال لو قتل فيها الصيد، لزمه الجزاء، فوجب أن يفسد حجه بالوطء فيها. أصله: ما قبل الرمي، وما[4] قبل الوقوف.

ولأنها عبادة من شرطها الطواف، والوطء قبل الطواف المشروط فيها يفسدها. أصله العمرة.

ولأن أول الإحرام مرتبط بآخره، فلما كان الوطء محرمًا في أوله، وجب أن يكون محرمًا في آخره حتى يتحلل بالطواف.

ولأنها عبادة مرتبط أولها بآخرها، فوجب فساد أولها بفساد آخرها. دليله: الصلاة والصوم.

والدليل على صحة ما قلناه في الرواية المشهورة عن مالك. وعليه جماعة أصحابنا: هو أن وطئه صادف إحرامًا قد انحل[5] شيء من حرمته، فلم يوجب ذلك إفساد الحج. دليله: ما إذا وطئ بعد الطواف.

ولأنه حال أبيح له فيها حلاق الشعر، وإلقاء التفث[6]، وإماطة

---

(1) تقدمت ترجمته.
(2) في الأصل: فما.
(3) في الأصل: ولا.
(4) في الأصل: بما.
(5) في الأصل: قبل يحل.
(6) التَّفَث: يطلق على الوسخ والشعث، وإلقاء التفث إزالته بقص الشارب والأظفار، ونتف الإبط، والاستحداد وهو حلق العانة. ن: المغرب 60.

الأذى[1]، وارتداء[2] المخيط، واستعمال الطيب على كراهية منا لذلك، ولا يلزمه لشيء من ذلك فدية[3]، فأشبه ما بعد الطواف. والله أعلم.

* * *

(1) إماطة الأذى: تنحيته وإزالته، والأذى هنا: القمل وما أشبهه من كل ما يؤدي. ن: المغرب 437.

(2) في الأصل: وفساد.

(3) الفدية والفداء: ما يقدم لله تعالى جزاء لتقصير في عبادة. مثل كفارة الصوم، والحلق، ولبس المخيط في الإحرام. ن: القاموس الفقهي 281.

مسألة [110]:

[في المحرم إذا وطئ بعد رمي جمرة العقبة، وقبل طواف الإفاضة، هل عليه هدي وعمرة أم لا؟]

إذا وطئ بعد رمي جمرة العقبة، وقبل طواف الإفاضة، لم يفسد حجه، وعليه العمرة والهدي[1]. **وبه قال أبو حنيفة والشافعي**، إلا أنهما قالا: عليه الهدي فقط، ولا عمرة عليه[2].

وفائدة اختلافنا معهم في وجوب العمرة عليه: هو أن بقية إحرامه قد فسد بالوطء، فيأتي بالعمرة ليأتي بالطواف في إحرام صحيح، وعندهم: أن بقية إحرامه لم يفسد بذلك الوطء، فيطوف، لأنه على إحرامه الأول. وعليه الهدي، لأنه جامع قبل أن يُحل من إحرامه.

واحتج أصحابهما بأن كل وطء، لم يفسد ما مضى من الحج، فإنه لا يفسد ما بقي منه، كما لو وطئ بعد الطواف.

ولأنها عبادة لا تتبعض، فلا[3] يتبعض إفسادها. دليله: الصلاة والصوم. قالوا: وقد اتفقنا على أن ما مضى من حجه في هذه الصورة لا يفسد. فكذلك ما بقي منه.

والدليل على صحة ما قلناه: هو ما قدمناه من أنه وطئ قبل كمال التحلل. لأن كمال التحلل إنما يحصل بطواف الإفاضة، فإذا طاف من غير أن

---

(1) ن: التفريع 1 / 349، والإشراف 1 / 235، والتلقين 70، والكافي 1 / 344، والقوانين الفقهية 121.

(2) ن: المبسوط 4 / 119، والبدائع 2 / 217، ط 2، 74، والإشراف 1 / 235، والتنبيه 73 وفيه: «فإن جامع بعد التحلل الأول لم يفسد حجه، وعليه بدنة في أحد القولين، وشاة في الآخر»، والوجيز 1 / 126، وقال في فتح العزيز مع المجموع 7 / 472: «لو جامع بين التحللين وفرعنا على الصحيح وهو أنه لا يفسد ففيما يجب فيه قولان: أظهرهما شاة لأنه لا يتعلق فساد الحج به. فأشبه المباشرة فيما دون الفرج. واختار المزني هذا القول. . . والثاني أن الواجب بدنة. . .» وانظر: المجموع 7 / 414.

(3) في الأصل: ولا.

يعتمر، فقد أتى بطواف هو ركن من أركان الحج في إحرام قد أفسد بقيته بوطء قبل كمال التحلل، فلم يكن بد من الإحرام بالعمرة، ليأتي بطواف الإفاضة في إحرام صحيح؛ إذ هو ركن من أركان الحج.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه أن كل وطء لم يفسد ما مضى من الحج لم يفسد باقيه، كما لو وطئ بعد الطواف، ليس بقياس صحيح، لأن وطئه بعد الطواف، وطء بعد كمال التحلل، والخروج من الإحرام، وليس كذلك إذ وطئ قبل الإفاضة.

وقولهم: ولأنها عبادة لا تتبعض، فلا[1] يتبعض فسادها كالصلاة والصوم؛ وقد اتفقنا على أن ما مضى من الحج في هذه الصورة لا يفسد. فكذلك ما بقي، فالجواب عنه: أنه قد يتبعض الإفساد فيما لا يتبعض أصله. كالوضوء. ألا ترى أنه لو مسح على خفيه، ثم خلعهما[2]، فقد بطلت طهارة رجليه، ولم يبطل ما مضى من طهارة باقي الأعضاء. فبطل ما قالوه. وعلى أن الإحرام في الحج يمضي في فاسده، ويتعلق به من الأحكام ما يتعلق بالحج الصحيح، وليس كذلك سائر العبادات.

* * *

(1) في الأصل: ولا.

(2) في الأصل: خلعها.

مسألة [111]:

[في المحرم إذا وطئ فيما دون الفرج فأنزل، أو قبل فأنزل، أو باشر فأنزل، ما حكم حجه؟]

إذا وطئ المحرم فيما دون الفرج فأنزل[1]، أو قبّل فأنزل، أو باشر[2] فأنزل، فسد حجه[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يفسد حجه بشيء من ذلك[4].

واحتج أصحابهما بأن الوطء في الفرج له مزية[5] على الوطء فيما دونه، فلو قلنا: إن الحج يفسد بالإنزال عن[6] المباشرة فيما دون الفرج، أو القبلة، لأدى ذلك إلى سقوط مزية الوطء في الفرج، عن الوطء فيما دونه.

ولأنه إنزال بما لا يوجب جنسه الحد[7]، فلا يفسد به الحج. دليله: ما إذا هزته الدابة فأنزل.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: 197]، وهذا من الرفث.

ولأن المقصود من الجماع إنما هو الإنزال، والإنزال أبلغ في اللذة من الإيلاج[8]، فوجب أن يفسد به الحج إذا انفرد كالإيلاج إذا انفرد.

---

(1) أي فخرج منه مني.

(2) باشر لامس بشرة زوجته مثلاً. ن: القاموس الفقهي 37.

(3) ن: التفريع 1 / 349 - 350، والإشراف 1 / 234، والكافي 1 / 343، والبداية 1 / 632، والتلقين 70، والقوانين الفقهية 121.

(4) ن: المبسوط 4 / 120، والبدائع 2 / 216 - 217، ط 2، 74، والوجيز 1 / 126 - 127، والمجموع 7 / 411 - 413.

(5) مزية: زيادة فضل وامتياز لما فيه من الارتفاق وكمال قضاء الشهوة لحسن المحل.

(6) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: عند.

(7) الحد لغة المنع، وشرعًا: عقوبة مقدرة وجبت حقًا لله تعالى، كحد السرقة وحد الزنا. ن: التعريفات 83، وحلية الفقهاء 199، والمغرب 106 - 107، والأنيس 173.

(8) الإيلاج: إدخال الذكر في الفرج.

ولأنها عبادة يفسدها الوطء في الفرج فالإنزال[1] عن المباشرة يفسدها أيضًا اعتبارًا بالصوم [هـ 108].

ولأنه إنزال حصل عن نوع من الاستمتاع والملامسة، فأشبه الإنزال في الفرج.

فإذا ثبت هذا فما ذكروه من أن الوطء في الفرج له مزية على الوطء فيما دون الفرج. غير مسلم. وإن سلمناه[2] في بعض المواضع، فإنا لا نسلمه في هذا الموضع.

وقياسهم على من هزته الدابة، فأنزل، أو قبّل فأنزل، غير لازم. لأن مالكًا نص على أنه إذا هزته الدابة فاستدام ذلك حتى أنزل، فإن حجه يفسد[3]. فبطل ما قالوه.

وقولهم: ولأنه إنزال بما لا يوجب جنسه الحد، فلا يفسد به الحج. غير صحيح. لأن فساد العبادة بالجماع، لا يوقف على ما يوجب الحد أو لا يوجبه كالصيام والاعتكاف.

ويبطل على أصحاب الشافعي بوطء البهيمة في الفرج، فإن الحج يفسد به بإجماع منا ومنهم وإن لم يوجب حدًا[4].

* * *

---

(1) في الأصل: والإنزال.

(2) في الأصل: سلمنا.

(3) في الزرقاني 2 / 306: إذا نظر أو فكر فاستدام حتى أنزل فسد حجه إن كان ذلك قبل رمي جمرة العقبة.

(4) وهو المذهب عند الشافعية، وبه قطع جمهورهم. ن: المجموع 7 / 409.

مسألة [112]:

[في المحرم إذا وطئ مرارًا، فكم عليه من الهدي؟]

إذا وطئ المحرم في حجه مرارًا، فعليه هدي واحد سوى كفر عن وطئه الأول، أو لم يكفر[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي والمزني[2]، **ومحمد**[3] **بن الحسن**: إن كان كفر عن وطئه الأول، فعليه كفارة لوطئه الثاني، وإن كان لم يكفر عن وطئه الأول، فليس عليه للوطء الأول والثاني، وما زاد، إلا كفارة واحدة[4].

واختلف قول الشافعي في هذا الفصل[5] وحده، فقال مرة بقول أبي حنيفة[6]، وقال مرة بقول مالك[7].

واحتج أصحاب أبي حنيفة فقالوا: إنه ممنوع من الوطء الثاني كما كان

---

(1) ن: التفريع 1 / 350، ورؤوس المسائل لابن القصار 64، والكافي 1 / 346، والبداية 1 / 633، وفيه أن الأشهر عن الشافعي من أقوال ثلاثة هو مثل ما قال مالك. وسيأتي عند النووي قريبًا أن الأمر ليس كذلك.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) عند الأحناف تفصيل في هذه المسألة هذا تحصيله: قال في البدائع 2 / 217 - 218، ط 2، 74: «ولو جامع قبل الوقوف بعرفة ثم جامع فإن كان في مجلس، لا يجب عليه إلا دم واحد استحسانًا، والقياس أنه يجب عليه لكل واحد دم... وإن كان في مجلسين مختلفين يجب دمان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجب دم واحد إلا إذا كان كفر للأول...»، وأورود النووي للشافعية في هذه المسألة خمسة أقوال أحدها ما ذكره المؤلف وهو الرابع في الترتيب عنده، والذي صححه من تلك الأقوال بل الأصح عنده هو أنه تجب بالأول بدنة وبالثاني شاة. ن: المجموع 7 / 407.

(5) الفصل: القطعة من الباب مستقلة بنفسها عما سواها. ن: التعريفات 167، ولعل مراد المؤلف رحمه الله بالفصل في هذا السياق ومثله. المسألة أو القضية أو النقطة.

(6) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 64.

(7) ن: نفس المصدر.

ممنوعًا من الوطء الأول، فيجب عليه الهدي إذا كرره. دليله: تكرير قتل الصيد، أو اللباس[1]، أو الطيب.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أنه قد فسد حجه بالوطء[2] الأول، فليس يجب عليه إلا هدي واحد إذا كرره. لأنه بنفس الإيلاج فسد حجه ووجب عليه الهدي، ثم لو كرر الإيلاج حتى أنزل فأتم وطأه، لم يكن عليه إلا هدي واحد، ويكون الإيلاج بعد الإيلاج الأول الذي فسد به حجه، هو ممنوع منه أيضًا، ومع ذلك أنه لا يلزمه معه هدي آخر. فكذلك إذا كرر الوطء في أزمان أخر. وهذا أظهر[3] من أن يحتج عليه.

ولأنه[4] عبادة يدخل في إفسادها الكفارتان: الصغرى والكبرى فأشبه الصوم إذا كرر الوطء فيه في يوم واحد؛ حيث لا يلزمه إلا كفارة واحدة.

ولأن الهدي في وطء المحرم إنما وجب عليه عندنا بتأخير الحج إلى عام قابل، لأنه أفسد بالوطء الثاني إحرامًا غير الإحرام الأول، أو حجًا غير حجه الذي هو فيه؛ وقد فسد ذلك كله بالإيلاج الأول، فلا هدي عليه إلا لذلك الفساد فقط.

ولأن المظاهر[5] ممنوع من الوطء حتى يكفر، وهو مع ذلك لو كرر الوطء قبل أن يكفر، لم يلزمه [إلا][6] الأولى.

فإذا ثبت هذا فقياسهم الوطء الثاني على الأول في وجوب الهدي. فاسد. لأن الوطء الأول صادف إحرامًا صحيحًا، والوطء الثاني صادف إحرامًا فاسدًا، فلم يلزمه إلا [هدي واحد][7] فقط.

---

(1) في الأصل: وللباس.

(2) في الأصل: إلا بالوطء.

(3) في الأصل: والطهر.

(4) في الأصل: ولأنها.

(5) المظاهر: هو من قال لزوجته أنت علي كظهر أمي.

(6) تكملة لازمة.

(7) في الأصل: هي الفساد.

وقياسهم على الطيب والصيد. أيضًا [فاسد][1]، لأن الطيب، وقتل الصيد، لا يعود شيء من ذلك بفساد الحج، ولأن الله عز وجل، أوجب في كل صيد مقتول جزاء. قال: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، فبطل كل ما قالوه.

* * *

(1) تكملة لازمة.

باب العمرة

مسألة [113]:

[في حكم العمرة]

العمرة سنة مؤكدة[1]. وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي في الجديد: هي فرض[3]. وبه قال أبو بكر[4] بن الجهم من أصحابنا[5].

واحتج أصحاب الشافعي بقوله عز وجل: ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ [البقرة: 196]. أي ابتدئوها. قالوا: وفي قراءة ابن مسعود[6]: وأقيموا الحج والعمرة لله.

---

(1) ن: التفريع 1 / 352، والإشراف 1 / 223، والتلقين 63، والقوانين الفقهية 124، والمنتقى 2 / 235.

(2) ن: مختصر الطحاوي 59، والقدوري 32، وقال في البدائع 2 / 226: «فقد اختلف فيها، قال أصحابنا: إنها واجبة كصدقة الفطر والأضحية والوتر، ومنهم من أطلق اسم السنة، وهذا الإطلاق لا ينافي الواجب، وقال الشافعي: إنها فريضة...» وانظر: رؤوس المسائل للزمخشري 251 - 252.

وبقول أبي حنيفة ومالك قال: أبو ثور، والنخعي. ن: المجموع 7 / 7.

(3) قال في الأم 2 / 144: «قال الشافعي: والذي هو أشبه بظاهر القرآن، وأولى بأهل العلم عندي ـ وأسأل الله التوفيق ـ أن تكون العمرة واجبة، فإن الله عز وجل قرنها مع الحج فقال: ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ﴾، وقال في المجموع 7 / 7: «الصحيح في مذهبنا أنها فرض، وبه قال عمر وابن عباس، وابن عمر، وجابر، وطاوس، وعطاء، وابن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن البصري، وابن سيرين، والشعبي، وأبو بردة بن أبي موسى، وعبد الله بن شداد، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد، وداود».

(4) تقدمت ترجمته.

(5) وكذا ابن حبيب. ن: القوانين الفقهية 124، والمنتقى 2 / 235.

(6) تقدمت ترجمته.

قالوا: ولأن النبي ﷺ اعتمر، وأفعاله ﷺ على الوجوب[1].

قالوا: وقوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97] يشتمل على الحج والعمرة، لأن الحج في لسان العرب: القصد؛ وقد يكون ذلك القصد للحج والعمرة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97] فلم يشترط جل وعز مع الحج عمرة. وقوله تعالى: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ[2] مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾ [الحج: 27]. ولم يذكر عمرة. وقوله ﷺ: «بني الإسلام على خمس»[3] فذكر الحج من جملة الخمسة، ولم يذكر العمرة.

ولأن الذمم[4] على البراءة[5].

ولأنها عبادة بدنية لا تختص بزمان معين، فلم تكن واجبة. دليله: سائر النوافل.

ولأنها عبادة من شرطها الإحرام والطواف دون منى وعرفة والمشعر[6]

---

(1) قال في مفتاح الوصول 74: «وقد اختلفت في حكم فعله ﷺ أقوال العلماء وأشهرها القول بالوجوب، وحكاه ابن خويز منداد عن مالك. وقال: رأيته في موطئه يستدل بأفعاله كما يستدل بأقواله». وانظر: التبصرة للشيرازي240 - 246.

(2) في الأصل: ياتينا.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «بني الإسلام على خمس»، ومسلم في كتاب الإيمان باب بيان أركان الإسلام، كلاهما عن عمر رضي الله عنه.

(4) الذمم جمع ذمة، وهي لغة العهد، وشرعًا وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه. ن: التعريفات 107، والمغرب 176، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 112، والأنيس 182، والقاموس 138.

(5) البراءة الخلو من المسؤولية والخلوص منها. ن: القاموس الفقهي 34.

(6) المشعر الحرام: جبل بالمزدلفة اسمه قزح يقف عليه الإمام. ن: المغرب 252، وقيل: هو جميع المزدلفة، والأول قول الشافعية. وقول عند الحنفية. والثاني: هو قول جمهور المفسرين وأصحاب الحديث والسير، والحنفية، والحنابلة، والظاهرية. ن: القاموس الفقهي: 197.

الحرام، فلم تكن واجبة دليله العمرة الثانية.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: 196]. غير لازم، لأن معنى: أتموا الحج والعمرة إذا دخلتم فيها والتزمتم فعلها، وهكذا نقول: إن من التزم بعبادة[1] قربة لله لزمته، ومن دخل في عبادة لزمه إتمامها. وهذا الذي قلناه: حقيقة اللفظ ومعناه.

وما ذكروه من قراءة ابن مسعود[2] فهو قراءة لم يثبت حكمها.

وما احتجوا به [هـ 109] من قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: 97]. وأن ذلك يشتمل على الحج والعمرة، لأن الحج في لسان العرب: القصد، وقد يكون ذلك، الحج والعمرة. فالجواب عنه: أن اسم الحج بالحج أولى لأنه أخص أسمائه، كما أن اسم العمرة بالعمرة أولى؛ إذ ذاك أخص أسمائها. فلما لم يجز أن يقال للحج عمرة، فكذلك لا يقال للعمرة حج، لأن الأحكام إنما تتعلق بالاسم الأخص؛ إلا أن يقوم دليل أن المراد بها[3] الاسم الأعم، فيرجع إلى ذلك، كاسم الأب، فإنه اسم عام يقع على الجد والأب دنية[4]، إلا أن الجد لا يرث بهذا الاسم العام مع الأب شيئًا. وإنما يرث إذا لم يكن هناك من يحجبه[5] عن الميراث على ما تقتضيه مسائل الفروع والله أعلم.

***

---

(1) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) في الأصل: بهذا.

(4) الأب دنية: القريب المتصل بالولد.

(5) الحجب في اللغة: المنع. وفي الاصطلاح: منع شخص معين عن ميراثه كلاً أو بعضًا بوجود شخص آخر، والأول: حجب حرمان، والثاني: حجب نقصان. ن: التعريفات 82، والقاموس الفقهي: 76.

مسألة [114]:

[في حكم تكرر العمرة في السنة الواحدة]

تكره العمرة في السنة أكثر من مرة، فإن أحرم بها لزمته[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا كراهية في ذلك[2].

واحتج أصحابهما، فقالوا: قربة ليس لها وقت معلوم، فجاز تكرار فعلها في السنة كصلاة التطوع.

والدليل على صحة ما قلناه؛ هو أن النبي عليه السلام لم يعتمر حين اعتمر أكثر من عمرة واحدة في سنة[3]؛ وقد قال عليه السلام: «خذوا عني مناسككم»[4].

ولأنها قربة لها إحرام وإحلال، ومن شرطها الطواف، فلا تتكرر في السنة أكثر من مرة، دليله: الحج.

ولأنها سنة يؤتى بها من غير سبب، فلا تتكرر في السنة أكثر من مرة واحدة، كصلاة العيدين[5].

---

(1) ن: التفريع 1 / 352، والتلقين 63، والإشراف 1 / 223، والمنتقى 2 / 235، والقوانين الفقهية 124، والتمهيد 20 / 19 - 20.

(2) قال الشافعي في الأم 2 / 147: «والعمرة في السنة كلها، فلا بأس أن يعتمر الرجل في السنة مرارًا، وهذا قول العامة من المكيين، وأهل البلدان، غير أن قائلاً من الحجازيين كره العمرة في السنة إلا مرة واحدة.»، وهو قول أحمد. ن: الإفصاح 1 / 274.

وقال في المنتقى 2 / 235: «وقال مطرف: لا بأس أن يعتمر في السنة مرارًا، وقال ابن المواز نحوه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.»، وانظر: الإشراف 1 / 223، والتمهيد 20 / 19 - 20، والإفصاح 1 / 274، والقوانين الفقهية 124.

(3) ن: المنتقى 2 / 235. وفيه أن النبي ﷺ إنما اعتمر مرة في العام، وأفعاله ﷺ على الوجوب أو الندب».

(4) تقدم تخريجه.

(5) لم يذكر المؤلف رحمه الله في هذه المسألة الفقرة التي يرد فيها اعتراض مخالفيه، والتي يبدؤها بقوله: «فإذا ثبت هذا...»، ويحتمل أنه ذكرها وفات الناسخ نقلها، والله أعلم.
ولم أتبين وجه كون صلاة العيدين يؤتى بها من غير سبب كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى.

مسألة [115]:

[في إرداف العمرة على الحج هل يجوز أم لا؟]

لا يجوز إرداف العمرة على الحج[1].

وقال أبو حنيفة: ذلك جائز[2]. **وبه قال الشافعي في أحد قوليه**[3].

واحتج أصحابهما، فقالوا: الوقت لا يمنع فعلهما، ولا المضي فيهما، أصلهما: ما لو ابتدأ الإحرام بهما معًا.

ولأنه لما جاز إدخال الحج على العمرة جاز إدخال العمرة على الحج، لأنهما نسكان. فصح اجتماعهما بإرداف العمرة على الحج. دليله: إرداف الحج على العمرة.

والدليل على صحة ما قلناه: من أن إرداف العمرة على الحج لا يجوز: أن عمل الحج يستوعب عمل العمرة كله ويزيد عليه، فلا معنى لإدخالها عليه.

وأما إرداف الحج على العمرة فصحيح، لأن العمرة لا تستوعب عمل الحج، والحج يستوعب جميع عمل العمرة، ويزيد عليه كما ذكرنا. ولهذا قال مالك: يجوز إرداف الحج على العمرة، ولا يجوز إرداف العمرة على الحج. وما ذكرناه هو نفس الجواب عما سألوه في قياسهم من جواز إرداف العمرة على الحج. والله أعلم.

***

---

(1) ن: التفريع 1 / 352، وهو قول الشافعي في الأم 174، وقال في التلقين 68: «ومن أردف عمرة على حجة لم يلزمه شيء بالإرداف».

(2) قال في رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 128: «وأما إدخال العمرة على الحج فأجازه أبو حنيفة».

(3) ويصير قارنًا وعليه دم القران، وهو قوله القديم. ن: المجموع 7 / 182.

مسألة [116]:

[في الطواف بالبيت هل من شرطه الطهارة أم لا؟]

لا يجوز الطواف بالبيت إلا على طهارة[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يكره ذلك، فإن فعله فاعل أجزأه طوافه، وعليه دم[3].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: 29]، قالوا: فأطلق ولم يشترط زيادة طهارة. والزيادة على النص نسخ على ما عرف من مذهبهم[4].

قالوا: ولأنه ركن من أركان الحج، فجاز فعله من غير طهارة. دليله: الوقوف بعرفة، والسعي بين الصفا[5] والمروة[6].

والدليل على صحة ما قلناه: حديث ابن عباس[7] أن النبي ﷺ،

---

(1) ن: الموطأ 256، والتفريع 1 / 340، ورؤوس المسائل لابن القصار 62، والإشراف 1 / 228، والكافي 1 / 318، والتمهيد 8 / 215، والتلقين 69، والمنتقى 2 / 290، والبداية 1 / 584، وعقد الجواهر 127، وهو قول أحمد. ن: الإفصاح 1 / 277.

(2) ن: الأم 2 / 195، والتنبيه 76، والوجيز 1 / 118، وقال في المجموع 8 / 17: «مذهبنا اشتراط الطهارة عن الحدث والنجس، وبه قال مالك، وحكاه الماوردي عن جمهور العلماء، وحكاه ابن المنذر في طهارة الحدث عن عامة العلماء، وانفرد أبو حنيفة، فقال: الطهارة من الحدث والنجس ليست بشرط للطواف...».

(3) ن: المبسوط 4 / 38، وقال في البدائع 2 / 129، ط 2، 74: «فأما الطهارة عن الحدث والجنابة والحيض والنفاس، فليست بشرط لجواز الطواف، وليست بفرض عندنا، بل واجبة حتى يجوز الطواف بدونها، وعند الشافعي فرض لا يصح الطواف بدونها».

(4) تقدم الجواب من قبل المؤلف على مثل هذا.

(5) الصفا: الحجر الصلد، والمراد هنا مبدأ السعي، وهو مكان مرتفع في أصل جبل أبي قبيس، عند باب المسجد الحرام. ن: حلية الفقهاء 118، وغريب المدونة 50، وتهذيب الأسماء واللغات 181، والقاموس الفقهي 214.

(6) المروة: الحجارة البيض البراقة تقدح منها النار. وبها سميت المروة بمكة. وهي المكان الذي بطرف المسعى. ن: غريب المدونة 49، وحلية الفقهاء 119، وتهذيب الأسماء واللغات 181، والقاموس الفقهي 337.

(7) تقدمت ترجمته.

[قال][1]: «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أباح فيه النطق، فمن نطق فلا ينطق إلا بخير»[2]، فسماه عليه السلام صلاة، فيجب له حكم الصلاة في جميع الوجوه[3]، إلا ما خصه الدليل.

ولأنها عبادة من شرطها المسجد، والتوجه إلى جهة مخصوصة، فلا يجوز فعلها إلا بطهارة. دليله: صلاة الجمعة.

ولأنها عبادة محضة[4] تفعل[5] بالبيت[6]، فلم يجز فعلها إلا بطهارة. دليله: الصلاة.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من أن الزيادة على النص نسخ. ليس بصحيح، لأنا لم نثبت في المسألة باشتراط الطهارة حكمًا منسوخًا. فلا وجه، ولا معنى لقولهم: إن الزيادة على النص نسخ.

وقياسهم جواز الطواف بغير طهارة على الوقوف بعرفة، والسعي بين الصفا والمروة. غير لازم. لأن الوقوف والسعي ليس من شرطهما[7] صلاة تكون بهما[8]. وليس الطواف كذلك، لأن من شرطه أن يعقبه الطائف بصلاة ركعتين.

ولأنه عليه السلام سمى الطواف صلاة، ومن شرط صحة الصلاة أن تكون على طهارة. والله أعلم.

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) قال في نصب الراية 3 / 57: «رواه ابن حبان في صحيحه في النوع السادس والستين من القسم الثالث من حديث فضيل بن عياض، والحاكم في المستدرك من حديث سفيان كلاهما عن عطاء بن السائب عن طاوس عن ابن عباس. قال: قال رسول الله ﷺ: «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله قد أحل فيه النطق، فمن نطق فيه فلا ينطق إلا بخير»، وسكت الحاكم عنه.

(3) في الأصل: الوحدة.

(4) محضة: خالصة.

(5) في الأصل: يفصل.

(6) في الأصل: البيت والمراد بالبيت بيت الله الحرام.

(7) في الأصل: شرطها.

(8) في الأصل: بها.

مسألة [117]:

[في الحاج إذا نكس طوافه هل يجزئه أم لا؟]

إذا نكس[1] طوافه لم يجزئه[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يجزئه وعليه الدم[4].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج: 29]، قالوا: فأطلق الأمر، ولم يشترط صفة من الطواف دون صفة.

قالوا: ولأنه طاف بالبيت سبعًا، فأشبه ما لو طافها[5] مرتبة غير منكسة.

قالوا: ولأنها عبادة ذات أركان لا تراد[6] لعينها، فجاز تنكيسها. دليله ما إذا نكس وضوءه وصلى: حيث تجزئه صلاته بإجماع منا ومنكم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن النبي ﷺ طاف بالبيت عن يساره[7]

---

(1) نكس طوافه: قلبه وعكسه بجعله البيت عن يمينه في طوافه بدل شماله.

(2) ن: التفريع 1 / 337، ورؤوس المسائل لابن القصار 63، والإشراف 1 / 228، والتلقين 69، والكافي 1 / 318، وعقد الجواهر 127.

(3) ن: الأم 2 / 194، والوجيز 1 / 118، وقال في المجموع 8 / 32: «ينبغي له في طوافه أن يجعل البيت على يساره، ويمينه إلى خارج، ويدور حول الكعبة كذلك، فلو خالف فجعل البيت عن يمينه، ومر من الحجر الأسود إلى الركن اليماني لم يصح طوافه بلا خلاف عندنا».

(4) قال في المبسوط 4 / 44: «ولو طاف بالبيت منكوسًا بأن استلم الحجر، ثم أخذ على يسار الكعبة وطاف كذلك سبعة أشواط، عندنا يعتد بطوافه في حكم التحلل، وعليه الإعادة مادام بمكة، فإن رجع إلى أهله قبل الإعادة فعليه دم» وقال في البدائع 2 / 130: «وأما الابتداء من يمين الحجر لا من يساره، فليس من شرائط الجواز بلا خلاف بين أصحابنا حتى يجوز الطواف منكوسًا بأن افتتح الطواف عن يسار الحجر، ويعتد به...».

(5) غير واضحة في الأصل.

(6) في الأصل: يزاد.

(7) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ عن جابر رضي الله عنه. وفيه: «... فقال جابر رضي الله عنه: لسنا ننوي إلا الحج، لسنا نعرف العمرة حتى إذا أتينا البيت معه، استلم الركن، فرمل ثلاثًا، ومشى أربعًا...» وليس فيه: «طاف بالبيت=

على ما علم من طوافه عليه السلام، ولم ينقل أحد من الأمة خلاف ذلك، وقد قال ﷺ: «خذوا عني مناسككم»[1].

ولأنها عبادة من شرطها الطهارة، فوجب ترتيبها لذلك. دليله: الصلاة.

ولأن الطواف يسمى صلاة، فكان رده في الترتيب إلى الصلاة.

ولأنها عبادة تفتقر إلى نية، فوجب ترتيبها، أصله: الصلاة.

ولأنها عبادة، لا يصح الإتيان بها إلا في المسجد، فكان الترتيب [هـ 110] شرطًا في صحتها[2] دليله صلاة الجمعة.

فإذا ثبت هذا، فكل ما ذكروه من احتجاجهم معارض بفعل النبي ﷺ وقوله مع ما أوردناه من صحيح القياس والاعتبار.

والقياس[3] إنما يستعمل عند عدم النص. والنص في المسألة موجود.

* * *

= عن يساره».

وفي التلخيص الحبير مع المجموع 7 / 327: «أن مسلمًا أخرجه عن جابر بهذا اللفظ: «أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه، ثم مشى على يمينه، فرمل ثلاثًا، ومشى أربعًا». ولم أقف عليه.

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: صحة.

(3) في الأصل: وإنما القياس.

مسألة [118]:
[في الحاج إذا طاف بالبيت أقل من سبعة أشواط ما حكم حجه؟]

إذا طاف بالبيت أقل من سبعة أشواط[1]، لم يجزئه طوافه، ولا يجزئه الدم جبرانًا عنه. وليس ذلك بطواف شرعي[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: إذا أتى بأربعة أشواط، ثم رجع إلى بلده، أجزأه طوافه ذلك، وعليه الدم، وإن طاف أقل من أربعة أشواط، لم يجزئه طوافه[4].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَلۡيَطَّوَّفُواْ بِٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ﴾ [الحج: 29]. قالوا: فإذا طاف الطائف بالبيت ولو شوطًا سمي طائفًا، وتناوله الاسم اللغوي[5].

قالوا: ولأن الأربعة أشواط معظم الطواف، ومن أتى بمعظم الشيء، كان بمنزلة من أتى بجميعه. دليله: من أدرك الإمام وهو راكع[6] فأحرم ودخل

---

(1) أشواط: جمع شوط وهو العدو مرة إلى غاية، والمراد المشي أو الرمل من مبدأ الطواف إلى العود إليه. ن: القاموس الفقهي 205.

(2) ن: التفريع 1 / 337. ورؤوس المسائل لابن القصار 63، والإشراف 1 / 228، والتلقين 69، والكافي 1 / 318، وعقد الجواهر 127، وبه قال أحمد. ن: فتح العزيز بهامش المجموع 7 / 303، والمحرر في الفقه 1 / 243.

(3) ن: الأم 2 / 195، والوجيز 1 / 118، وفتح العزيز بهامش المجموع 7 / 303 - 304، وقال في المجموع 8 / 61: «لو بقي شيء من الطواف المفروض ولو طوفة أو بعضها، لم يصح حتى يتمه، ولا يتحلل حتى يأتي به، هذا مذهبنا، وبه قال جمهور العلماء»، وانظر: الدرة المضية 361.

(4) قال في المبسوط 4 / 42: «أكثر أشواط الطواف بمنزلة الكل في حكم التحلل به عن الإحرام عندنا». وقال في البدائع 2 / 132 ط 2، 74: «فالمقدار المفروض منه هو أكثر الأشواط وهو ثلاثة أشواط وأكثر الشوط الرابع، فأما الإكمال فواجب وليس بفرض، حتى لو جامع بين الإتيان بأكثر الطواف قبل الإتمام، لا يلزمه بدنة، وإنما تلزمه الشاة، وهذا عندنا، وقال الشافعي: الفرض هو سبعة أشواط لا يتحلل بما دونها».

(5) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: لغة.

(6) في الأصل: رابع.

معه، فإنه يعتد بالركعة، وتجزئه، لأنه أدرك معظمها فهو كمدرك جميعها.

ولأنه ركن من أركان الحج، فجاز أن ينوب الدم عن بعض أجزائه. دليله: سائر الجُبرانات، على ما علم وشرح في مسائل الفروع.

والدليل على صحة ما قلناه هو ما ثبت عملاً ونقلاً أن النبي ﷺ، طاف بالبيت سبعة أشواط، ثلاثة خَبَبًا، وأربعة مشيًا»[1]، وهذا لم ينقل فيه خلاف عن أحد من الأمة، وقال عليه السلام: «خذوا عني مناسككم»[2]، فوجب علينا الاقتداء بفعله، والاهتداء بهديه، وأن نأتي بالعدد الذي أتى به.

ولأنه نقص من الأشواط السبعة، فوجب ألا يجزئه. دليله: إذا لم يطف إلا ثلاثة أشواط، فإنها لا تجزئه، بإجماع منا ومنهم.

ولأنه لو كان مقيمًا بمكة، فذكر أنه لم يطف إلا أقل من سبعة أشواط، لم يجزئه جبران ذلك بالدم، وإنما يجزئه أن يأتي بسبعة أشواط كاملة، فكذلك إذا ذكر ذلك وهو ببلده، أو بغير بلده.

ولأنه فرض وعدد محصور، فإتيانه[3] ببعضه[4]، لا يسقط [عنه][5] باقيه[6]، ولا يجبره الدم، ولا غيره، اعتبارًا بسائر الفروض.

ولأنه فرض ذو عدد، يتعلق وجوبه بالبيت. فوجب أن يكون بجميعه شرطًا في صحته. دليله: الصلاة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن من أتى بمعظم الشيء، كان كمن أتى بجميعه. باطل بالأصول كلها، كالوضوء والصلاة والصيام والزكاة، وغير ذلك من العبادات.

---

(1) أخرجه مسلم بلفظ قريب عن جابر من حديث طويل في كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ، وقال في التلخيص الحبير بهامش المجموع 7 / 303: «حديث أنه ﷺ طاف سبعًا، وقال: خذو عني مناسككم، أما الطواف فمتفق عليه، من حديث ابن عمر».

(2) تقدم تخريجه.

(3) في الأصل: فاتيا به.

(4) في الأصل: ببعصمه.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: ما فيه.

واحتجاجهم بمسألة من أدرك الركوع مع الإمام، فإن الركعة تجزئه. فغير لازم. لأن القيام الذي فاته به الإمام ليس بفرض عليه إلا من أجل اتباع الإمام. لأن القيام في الصلاة إنما وجب لأجل القراءة؛ وفرض القراءة ساقط عن المأموم، لأن الإمام يحمله عنه، فإذا فرغ الإمام من القراءة وركع، ثم أتى هذا الداخل، فليحرم، وليركع معه، لأنه لم يبق من قيامه شيء يتبعه فيه.

وقياسهم الأربعة أشواط على السبعة، باطل. لأن الأربعة لا تكون سبعة قط.

وقياسهم على سائر الجبرانات[1] بالدم. غير صحيح. لأن الفرض لا ينوب عنه الدم.

* * *

(1) في الأصل: الحيوانات.

مسألة [119]:

[في السعي بين الصفا والمروة ما حكمه؟]

السعي بين الصفا والمروة واجب[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: ليس بواجب وينوب عنه الدم[3].

واحتج أصحابه بقول عز وجل: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾ [البقرة: 158]. قالوا: فهذا تخيير[4]، كقوله تعالى: ﴿ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ [النساء: 101].

قالوا: وقد[5] قرأ ابن مسعود[6]: «فلا جناح عليه ألا يطوف

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 63، وفيه أنه قول الشافعي وعائشة رضي الله عنها، والإشراف 1 / 229، والتلقين 64، والتمهيد 22 / 152، والمنتقى 2 / 301، والمقدمات 1 / 402، والبداية 1 / 587، وفيها: أنه قول أحمد وإسحاق أيضًا. وقال في الكافي 1 / 321: «وقال القاضي إسماعيل بن إسحاق: كان مالك يشدد فيمن ترك السعي بين الصفا والمروة، ولا يبلغ بهما الفرض، وقد بلغني أنه ربما لين في ذلك»، ومراد المؤلف بقوله: السعي بين الصفا والمروة واجب: أنه ركن كما سيصرح بذلك في آخر المسألة.
وانظر القوانين الفقهية 113.

(2) ن: التنبيه 80. وقال في المجموع 8 / 77: «مذهبنا أنه ركن من أركان الحج والعمرة، لا يتم واحد منهما إلا به، ولا يجبر بدم، ولو بقي منه خطوة لم يتم حجه ولم يتحلل من إحرامه، وبه قالت عائشة ومالك وإسحاق وأبو ثور، وداود وأحمد في رواية». وانظر: فتح العزيز بهامش المجموع 7 / 348.

(3) قال في المبسوط 4 / 50: «وإن ترك السعي بين الصفا والمروة رأسًا في حج أو عمرة فعليه دم عندنا، وهذا لأن السعي واجب، وليس بركن عندنا: الحج والعمرة في ذلك سواء، وترك الواجب يوجب الدم». وقال في البدائع 2 / 133، ط 2، 74: «قال أصحابنا إنه واجب وقال الشافعي إنه فرض حتى لو ترك الحاج خطوة منه، وأتى أقصى بلاد المسلمين يؤمر بأن يعود إلى ذلك الموضع فيضع قدمه عليه، ويخطو تلك الخطوة».

(4) في الأصل: لخبرين.

(5) في الأصل: فقد.

(6) تقدمت ترجمته.

بهما»[1]. وروى مثله عن أبي[2]، وابن عباس[3]، وأنس[4].

قالوا: ولأن السعي [مع][5] الطواف[6]، في حكم التبع له، فلا يكون واجبًا بدليل أنه لا يجوز تقديمه عليه. فلا يجوز أن يكون كهو في الوجوب. ألا ترى أن المبيت في المزدلفة، لما كان من توابع الوقوف بعرفة، لم يكن المبيت كالوقوف في الوجوب.

قالوا: ولأن السعي من نسك الحج، وهو فعل يتكرر خارج المسجد الحرام، فلم يكن واجبًا. أصله: رمي الجمار.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: 158]، وإذا كان السعي من شعائر الله، فلا يتأدى إلا به. يبينه: قوله ﷺ: «أيها الناس، إن الله كتب عليكم السعي فاسعوا»[7]، وأوامره عليه السلام على الوجوب.

فأمر الحق سبحانه بالحج، وأمر رسول الله ﷺ بالسعي، فكان السعي من الحج الذي أمر الله تعالى به. وهذا مثل الواجب من أفعال الصلاة، فإن الصلاة لا تتأدى إلا بها. كذلك السعي مع الحج.

وقد روى جابر[8]، وأبو هريرة[9] أن النبي ﷺ طاف بالبيت، وسعى بين

---

(1) وهي قراءة شاذة، ن: المجموع 8 / 77.
(2) تقدمت ترجمته.
(3) تقدمت ترجمته.
(4) تقدمت ترجمته.
(5) تكملة يقتضيها السياق.
(6) في الأصل: والطواف.
(7) أخرجه البيهقي في سننه، والطبراني في معجمه، عن تملك العبدرية من طريق مهران بن أبي عمر، ولفظه بتمامه: «عن تملك العبدرية قالت: نظرت إلى رسول الله ﷺ ـ وأنا في غرفة لي ـ بين الصفا والمروة، وهو يقول: أيها الناس إن الله كتب عليكم السعي فاسعوا..». قال الزيلعي: «تفرد به مهران بن أبي عمر، قال البخاري: في حديثه اضطراب». ن: نصب الراية 3 / 56 - 57.
(8) تقدمت ترجمته.
(9) تقدمت ترجمته.

الصفا والمروة[1]، وأفعاله على الوجوب سيما إذا كانت بيانًا.

ولأنه نسك، وعدد مسبع يقع[2] في مكان معين مخصوص. فوجب أن يكون واجبًا. دليله: الطواف بالبيت.

فإذا ثبت هذا [هـ 111]، فما احتجوا به من الآية، فقد جعلناها دليلاً لنا.

وقولهم: إنها للتخيير. باطل، بحديث عروة[3] أنه قال لعائشة رضي الله عنها: أرأيت قول الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾ [البقرة: 158]، فما على أحد جناح أن لا يطوف بهما. فقالت له: «ليس كما قلت يا ابن أختي، ولو كان كما قلت، لقال: فلا جناح عليه ألا يطوف بهما»، قالت له: «وإنما كان هذا الحي من الأنصار قبل أن يسلموا يهلون[4] لمناة[5]، وكان من أهل لها يتحرج أن يطوف بين الصفا والمروة، فلما أسلموا سألوا النبي عليه السلام عن ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ﴾[البقرة: 158]»[6].

---

(1) حديث جابر أخرجه الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء أنه يبدأ بالصفا قبل المروة، وهذا نصه عنده: «عن جابر أن النبي ﷺ حين قدم مكة فطاف بالبيت سبعًا، وأتى المقام فقرأ: ﴿واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى﴾ فصلى خلف المقام، ثم أتى الحجر فاستلمه، ثم قال: نبدأ بما بدأ به الله، فبدأ بالصفا وقرأ: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ﴾. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

ولجابر حديث آخر طويل في صفة حجة النبي عليه السلام، ذكر فيه أنه سعى بين الصفا والمروة. رواه الستة وغيرهم وقد تقدم تخريجه.

وأما حديث أبي هريرة، فلم أقف عليه.

(2) في الأصل: بضع.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) الإهلال لغة: رفع الصوت، واصطلاحًا: رفع الصوت بالتلبية عند الدخول في الإحرام، ثم أطلق على نفس الإحرام اتساعًا. ن: القاموس الفقهي 368.

(5) صنم من أصنام الجاهلية التي كان يهل لها الأنصار.

(6) أخرجه بألفاظ متقاربة: البخاري في كتاب الحج باب وجوب الصفا والمروة، وجعله من شعائر الله، ومسلم في كتاب الحج باب بيان أن السعي بين الصفا والمروة ركن لا يصح=

وروي عن الشعبي[1] أنه قال: «كان على الصفا وثن[2] يقال له: يساف، وعلى المروة وثن يقال له: نائلة، فكان المشركون في الجاهلية يطوفون بهما، فلما جاء الإسلام، قال ناس من المسلمين لرسول الله ﷺ إن أهل الجاهلية كانوا يطوفون بين الصفا والمروة للوثنين، فنزلت هذه الآية: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ﴾ [البقرة: 158]»[3].

وأما قراءة ابن مسعود[4] ومن قرأ بها معه، فلا حجة لهم فيها، لأنها مخالفة للمصحف المجمع عليه، فإذا سقط خط تلك القراءة، سقط حكمها.

وقولهم: إن السعي تابع للطواف، وما كان تابعًا لغيره، فلا يكون ركنًا، بدليل أنه لا يجوز تقديمه على الطواف، إلى آخر ما ذكروه. غير صحيح. وليس هو تابعًا للطواف، بل هو ركن في نفسه، وتقدمة الطواف عليه، لا يخرجه عن أن يكون ركنًا، ألا ترى أن الوقوف بعرفة ركن[5] من أركان الحج، ولا يصح ألا يتقدم الإحرام عليه، وتقدم الإحرام عليه، لا يخرجه عن كونه ركنًا، فكذلك السعي بعد الطواف.

ولأن السجود في الصلاة إنما يؤتى به بعد الركوع، ولا يوجب ذلك أن يكون السجود تبعًا للركوع، حتى يكون السجود مسنونًا لأنه تبع[6] للركوع. فبان بهذا بطلان ما أصلوه.

= الحج إلا به. وأبو داود في كتاب المناسك باب أمر الصفا والمروة، والنسائي في كتاب مناسك الحج، باب ذكر الصفا والمروة. وابن ماجة في كتاب المناسك باب السعي بين الصفا والمروة، ومالك في الموطأ في كتاب الحج باب جامع السعي.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) وثن: صنم.

(3) أورده ابن رشد في المقدمات 1 / 387 بلفظ قريب جدًا.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) في الأصل: ركنا.

(6) في الأصل: تبعا.

وقياسهم على المبيت بالمزدلفة، ورمي الجمار، غير صحيح. لأن المبيت بالمزدلفة ليس من جنس الوقوف بعرفة، والسعي ليس من جنس[1] الرمي. والله [أعلم][2].

* * *

(1) في الأصل: بجنس.
(2) تكملة يقتضيها السياق.

باب في جزاء الصيد

مسألة [120]:

[في المحرم هل له قتل السباع الضارية المبتدئة بالضرر أم لا؟]

للمحرم قتل السباع[1] العادية[2] كلها المبتدئة بالضرر. مثل الأسد، والذئب، والنمر[3] والفهد[4]، والكلب العقور[5]، وما أشبه ذلك، ولا جزاء عليه في شيء من ذلك، ويجوز له من الطير قتل الغراب والحِدْأة[6] فقط، ولا جزاء عليه أيضًا فيهما[7].

وقال أبو حنيفة: لا يقتلِ المحرم السبع[8] ولا الفهد، ولا النمر، ولا غير ذلك من السباع، فإن قتل شيئًا منها فداه، ووافقنا على الذئب والكلب العقور

---

(1) السباع: جمع سبع وهو كل ما له ناب، ويعدو على الناس والدواب فيفترسها كالأسد والذئب والنمر.
ن: القاموس الفقهي 164، وغريب المدونة 47.

(2) في الأصل: الغادية.

(3) النمر: سبع أخبث من الأسد. ن: المغرب 464.

(4) الفهد: سبع يصيد الأيل حتى عرف به فيقال: سبع الأيل. وهو فوق القصير من الكلاب، وكأن له لحية. وهو مزوق ببياض وسواد وحمرة، تضرب به العرب المثل في النوم. ن: غريب المدونة 52.

(5) الكلب العقور: هو الذي يعقر ويجرح ويفترس. ن: القاموس الفقهي 257، وقال سفيان بن عيينة: الكلب العقور: كل سبع يعدو أي يعتدي. وقال أبو هريرة: الكلب العقور: الأسد. ن: التمهيد 15 / 157.

(6) الحِدْأة: طائر من الجوارح ينقض على الجرذان والدواجن والأطعمة ونحوها والجمع حدآن. ن: القاموس الفقهي 79.

(7) ن: التفريع 1 / 325، ورؤوس المسائل لابن القصار 70، والإشراف 1 / 237، والتلقين 67، والكافي 1 / 335، والتمهيد 15 / 156 - 157، والمنتقى 2 / 260، والبداية 1 / 620، والقوانين الفقهية 120، واختلاف العلماء 96.

(8) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: الأسد بدليل ما بعده.

أنه لا فدية على قاتلهما[1].

وقال الشافعي: ما لا يؤكل لحمه من الصيد، فلا فدية فيه على قاتله، إلا في السِّمع، وهو المتولد بين الذئب والضبع[2]، فإن فيه الجزاء، وكذلك الحمار المتولد بين الأهلي[3] والوحشي[4]، فإنه لا يؤكل لحمه، وعلى قاتله الجزاء[5][6].

---

(1) ن: المبسوط 4 / 90، وقال في البدائع 2 / 197: «وأما غير المأكول فنوعان: نوع يكون مؤذيًا طبعًا، مبتدئًا بالأذى غالبًا. ونوع لا يبتدئ بالأذى غالبًا.

أما الذي يبتدئ بالأذى غالبًا فللمحرم أن يقتله ولا شيء عليه. وذلك نحو الأسد، والذئب، والنمر، والفهد، لأن دفع الأذى من غير سبب موجب للأذى واجب فضلاً عن الإباحة، لهذا أباح رسول الله ﷺ قتل الخمس الفواسق للمحرم في الحل والحرم، بقوله ﷺ: «خمس من الفواسق يقتلهن المحرم في الحل والحرم: الحية والعقرب، والفأرة، والكلب العقور، والغراب»، وروي «والحدأة»، وروي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «خمس يقتلهن المحل والمحرم في الحل والحرم: الحدأة والغراب والعقرب والفأة والكلب العقور» وروي عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أمر رسول الله ﷺ بقتل خمس فواسق في الحل والحرم: الحدأة، والفأرة، والغراب، والعقرب، والكلب العقور». . وهذا المعنى موجود في الأسد، والذئب والفهد والنمر، فكان ورود النص في تلك الأشياء ورودًا في هذه دلالة.

وظاهر من كلام صاحب البدائع هذا أنه خلاف ما ذكر المؤلف رحمه الله في الفهد والنمر، وخلاف ما لدى السرخسي في المبسوط 4 / 90 وهو قوله: «فأما سوى الخمس من السباع (أي الفواسق الخمس) التي لا يؤكل لحمها، إذا قتل المحرم منها شيئًا ابتداءً فعليه جزاؤه عندنا».

(2) الضبع: هي أم عامر، وقثام، وجَيْأَل والذكر منها ضِبْعَان. وهي من السباع خلقت إحدى رجليها ناقصة. ن: غريب المدونة 442، والقاموس الفقهي 220، والمغرب 279.

(3) الأهلي: المستأنس الأليف.

(4) الوحشي: هو الذي لا يألف الإنسان ولا يعيش معه.

(5) الجزاء: الفداء بالمثل أي بمثل ما قتل الحاج من النعم.

(6) قال في الأم 2 / 199: «فلما أثبت الله عز وجل إحلال صيد البحر، وحرم صيد البر ما كانوا حرمًا، دل على أن الصيد الذي حرم عليهم ما كانوا حرمًا، ما كان أكله حلالاً لهم قبل الإحرام. . فأما ما كان محرمًا على الحلال، فالتحريم الأول كف منه. . .». =

واحتج أصحاب أبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ [المائدة: 95][1]، قالوا: والصيد اسم لجنس ممتنع من وحش البر، وهو اسم يتناول السبع وغيره، يبين[2] ذلك: أن أحدًا لا يمتنع من إطلاق اسم الاصطياد عليه. لأنه يقال: اصطاد فلان سبعًا، كما يقال: اصطاد ظبيًا[3].

ولأن كل حيوان جاز اصطياده لنوع منفعة، فهو صَيد، وهذه الحيوانات، وإن كانت لحومها لا تؤكل، فإن اصطيادها يجوز لأخذ جلودها والانتفاع بعظامها وشعرها. وإذا جاز الاصطياد لمنفعة مطلوبة، كان صيدًا.

واحتجوا على هذا بقول الشاعر[4]:

صيد الملوك أرانب وثعالب ... فإذا ركبت فصيدك الأبطال[5]

قالوا: فقد جمع بين الأرانب والثعالب، والأرانب تؤكل والثعالب لا تؤكل.

قالوا: وقد قال ﷺ: «خمس فواسق[6]، ليس على المحرم في قتلهن جناح[7]: الفأرة، والحية، والغراب، والحِدأة، والكلب العقور»[8]. قالوا:

= وفي المجموع 7 / 315 - 317 تفصيل في هذه المسألة ملخصه أن ما ليس مأكولاً من الدواب والطيور ضربان: أحدهما: ما ليس في أصله مأكول، والثاني: ما أحد أصليه مأكول. فالأول لا يحرم التعرض له بالإحرام فيجوز للمحرم قتله، ولا جزاء على قاتله، والثاني: هو ما في أصله مأكول كالمتولد بين ذئب وضبع وهو السّمع، أو بين حمار وحش وإنس، فيحرم التعرض له، ويجب الجزاء، ويلحق به ما تولد من صيد وحيوان أهلي كالمتولد بين ضبع وشاة، ونحو ذلك، فيحرم على المحرم التعرض له، ويضمنه بالجزاء.

(1) وحُرُمٌ جمع حرام وهو المحرم بالحج أو العمرة. ن: الطلبة 78.

(2) في الأصل: وبين.

(3) الظبي: أنثى الغزال.

(4) لم أتعرف عليه.

(5) لم أقف على مصدره.

(6) الفسوق الخروج عن الاستقامة، وسميت هذه الحيوانات الخمس بالفواسق استعارة لخبثهن، وقيل: لخروجهن من الحرمة. لقوله: «خمسة لا حرمة لهن». ن: المغرب 360.

(7) جناح: إثم ومؤاخذة.

(8) متفق عليه بلفظ قريب من حديث عائشة رضي الله عنها: أخرجه البخاري في جزاء الصيد=

فأباح عليه السلام عددًا مخصوصًا[1]، فلو ألحقنا به غيره، لبطلت فائدة الخص، ولألحقنا بالخبر ما ليس منه بالقياس، وذلك ما لا سبيل إليه.

قالوا: ولأنه سبع متوحش لا أذية له على العموم. فأشبه الضبع.

ولأنه صيد يحل قتله في الإحلال، فحرم[2] قتله في الإحرام. دليله: سائر الصيود.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ في حديث الفواسق الخمس: «والكلب العقور»[3]، فعم عليه السلام، ونبه على المعنى المبيح لقتله وهو العَقْر.

وفي حديث أبي[4] سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «والكلب العقور، والسبع الضاري[5]». خرجه أبو داود[6] في سننه[7]. وهذا منه عليه السلام تنبيه

= من كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب. ومسلم في كتاب الحج باب ما يندب للمحرم وغيره قتله. ولفظ البخاري: «خمس من الدواب كلهن فواسق يقتلن من الحرم: الغراب والحدأة والعقرب، والفأرة، والكلب العقور».

(1) في الأصل: مخصوص.

(2) في الأصل: فان يحدو.

(3) متفق عليه بلفظ قريب من حديث عائشة رضي الله عنها: أخرجه البخاري في جزاء الصيد من كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب. ومسلم في كتاب الحج باب ما يندب للمحرم وغيره قتله. ولفظ البخاري: «خمس من الدواب كلهن فواسق يقتلن من الحرم: الغراب والحدأة والعقرب، والفأرة، والكلب العقور».

(4) تقدمت ترجمته.

(5) هكذا أورده المؤلف رحمه الله، وهو في سنن أبي داود: «العادي».

(6) هو أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني الإمام الحافظ العلم نزيل البصرة صاحب السنن. قال ابن حبان: أبو داود أحد أئمة الدنيا فقهًا، وعلمًا، وحفظًا، ونسكًا، وورعًا، وإتقانًا. قال الآجري: مات سنة 275هـ عن 73 سنة. ن: الخلاصة 150.

(7) في كتاب المناسك باب ما يقتل المحرم من الدواب. ونص لفظه عنده: «عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عما يقتل المحرم. قال: «الحية والعقرب، والفويسقة، ويرمي الغراب ولا يقتله، والكلب العقور، والحدأة، والسبع العادي». وأخرجه الترمذي في أبواب الحج باب ما جاء فيما يقتل المحرم من الدواب.

على جواز قتل كل سبع.

ولأنه عليه السلام قال: «والكلب العقور»[1]، [والكلب][2] ينطلق على الأسد لغة وشرعًا.

أما اللغة: فإن اسم الكلب مأخوذ من التكلب والضراء[3]، ومنه قوله عز وجل: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: 4] أي مضرين ومحرضين.

وقال سفيان[4] بن عيينة: الكلب العقور كل سبع يعدو[5].

ولأن العقور مأخوذ من العقر، والعقر في السبع أوجد منه في الكلب، فكان بأن يسمى كلبًا عقورًا أولى.

وأما الشرع: فقوله ﷺ لعتبة[6] بن أبي لهب[7]: «أكلك كلب الله»[8]

---

(1) متفق عليه بلفظ قريب من حديث عائشة رضي الله عنها: أخرجه البخاري في جزاء الصيد من كتاب الحج باب ما يقتل المحرم من الدواب. ومسلم في كتاب الحج باب ما يندب للمحرم وغيره قتله. ولفظ البخاري: «خمس من الدواب كلهن فواسق يقتلن من الحرم: الغراب والحدأة والعقرب، والفأرة، والكلب العقور».

(2) تكملة يقتضيها السياق بدليل ما بعدها.

(3) الضِرَاء: التعود على الصيد والافتراس.

(4) هو أبو محمد الأعور. سفيان بن عيينة بن أبي عمران الهلالي الكوفي مولاهم. أحد أئمة الإسلام. خرج له الستة. روى عن عمرو بن دينار، والزهري، وزيد بن أسلم، وصفوان بن سليم وخلق. وعنه شعبة، ومسعر من شيوخه، وابن المبارك من أقرانه، وأحمد وإسحاق وابن معين وابن المديني، وأمم. قال الشافعي لولا مالك وابن عيينة لذهب علم الحجاز. مات سنة 198هـ. ن: الخلاصة 145 - 146.

(5) يعدو: يعتدي.

(6) هو عتبة بن أبي لهب كان متزوجًا إحدى بنات النبي ﷺ فطلقها بأمر من أبويه بعد قيام النبي عليه السلام بإعلان الدعوة إلى الله.

(7) أبو لهب هو عم النبي ﷺ واسمه عبد العزى بن عبد المطلب. وفيه نزل قول الله عز وجل: ﴿تبت يدا أبي لهب...﴾.

(8) ذكره ابن عبد البر في التمهيد 15 / 161 بلفظ قريب هذا نصه: «وقد روي عن النبي عليه السلام أنه قال في عتبة بن أبي لهب: «سيسلط الله عليه، أو: اللهم سلط عليه كلبًا من كلابك، فعدا عليه الأسد فقتله». وانظر: المبسوط 4 / 90.

فخرج مع أناس في سفر، فافترسه الأسد.

ولأنه ذو ناب يبتدئ بالضرر غالبًا، فجاز قتله. دليله: الذئب والكلب العقور.

ولأن كل ذي ضرر شديد مباح[1] دفعه وقتله للمحرم والحلال[2]، سبعًا كان أو غيره. دليله: الحية، والعقرب، والفأرة عكيسه[3] المحارن[4].

فإذا ثبت هذا، فكل ما ذكروه، فلا دليل لهم على صحة ما قالوه: أما ما احتجوا به من ظاهر قوله: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ [هـ 112] حُرُمٌ﴾ [المائدة: 95]، فهو وارد في تحريم قتل الصيد المضمون بمثله من النعم، وهذه السباع لا مثل لها. وكذلك يقولون هم[5]: إن السبع لا مثل له من النعم.

وأيضًا إن أصل مذهبهم: أن المقتول لا يعتبر من طريق الخلقة، وإنما يعتبر من طريق القيمة ولا يضمن عندهم بكمال القيمة، لأنهم يقولون: إذا زادت قيمة الصيد على قيمة شاة، لم تكن عليه إلا شاة[6].

وما ذكروه من جواز اصطياد السباع لأخذ جلودها وعظامها والانتفاع

---

(1) مباح: جائز.

(2) الحلال: الذي لم يهل بالحج أو العمرة.

(3) هكذا صورتها في الأصل، ولا معنى لها، والظاهر أنها مصحفة، صوابها: عكسه.

(4) هكذا في الأصل مهملة الإعجام، ولم أهتد إلى إقامتها.

(5) في الأصل: هما.

(6) الذي في المبسوط 4 / 102 هو: «وإذا بلغ الصيد جزورًا، فهو أحب إلي من أن يشتري بقيمته أغنامًا لأن المندوب إليه التعظيم في الهدايا...»، وقال في البدائع 2 / 198، ط 2، 74: «فإن حكما عليه (أي ذوا عدل) هديًا، نظر القاتل إلى نظيره من الغنم من حيث الخلقة والصورة إذا كان الصيد مما له نظير سواء، كان قيمة نظيره مثل قيمته، أو أقل أو أكثر، لا ينظر إلى القيمة بل إلى الصورة والهيئة، فيجب في الظبي شاة، وفي الضبع شاة، وفي حمار الوحش بقرة، وفي النعامة بعير، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة...» وهذا قول محمد، وعكسه قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حيث اعتبرا القيمة لا الصورة والهيئة.

وكلا النصين ليس فيهما ما يفيد أن قيمة الصيد إذا زادت على قيمة شاة، لم يكن عليه إلا شاة كما ذكر المؤلف رحمه الله.

بشعرها. فكذلك نقول: إلا أنه لغير المحرم.

وقولهم في الأرانب والثعالب: أن الأرانب تؤكل، والثعالب لا تؤكل، فكذلك نقول: وليس اختلافنا في هذا، وإنما اختلافنا في وجوب الجزاء ونفيه.

وأما قولهم: لو أبحنا قتل ما لم يرد[1] به الخبر، لأبطلنا فائدة الخص بالعدد، ولألحقنا بالخبر بالقياس ما ليس في الخبر. فهو باطل؛ إذ لا خلاف بين القائسين، أن القياس إنما يكون على معاني النصوص لا على أسمائها.

ويبطل عليهم أيضًا بالذئب، فإن على قاتله عندهم الجزاء، ولم يتناوله النص في الخمسة التي نص عليها النبي عليه السلام.

وقولهم: ولأنه سبع متوحش لا أذية له على العموم. فأشبه الضبع. باطل. لأن أذية السبع أشد من أذية كل حيوان.

وقياسهم على الضبع باطل، لأن الضبع لا يبتدئ بالضرر، والأسد ضرر كله.

وقولهم: ولأنه صيد يحل قتله في الإحلال، فحرم قتله في الإحرام. دليله سائر الصيود. منتقض عليهم بالذئب. والله أعلم.

*** فصل**[2]:

وأما الشافعي فعنده أن كل متوحش لا يؤكل لحمه مما لا ضرر [فيه][3]، ولا يبتدئ بضرر، فليس على قاتله عنده جزاء[4].

وعندنا عليه جزاؤه، وأن المحرم ممنوع من قتله[5].

---

(1) في الأصل: ورد.

(2) هنا في الأصل قبل كلمة «فصل» كلمة «مسألة» ولم نثبتها لأنا لم نر لها وجهًا.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) ن: المجموع 7 / 314 - 317.

(5) قال في الإشراف 1 / 237: «وخالفنا الشافعي في وجوب الجزاء في الصقر والبازي والثعلب وكل متوحش لا يؤكل لحمه. ودليلنا عليه قوله عز وجل: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ و﴿حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرمًا﴾، فعم. ولأنه حيوان بري ممتنع لا يبتدئ بالضرر غالبًا فكان مضمونًا بالجزاء أصله الضبع» وقال في رؤوس المسائل لابن القصار=

واحتج أصحابه بأن اسم الصيد موضوع لما يؤكل لحمه، دون ما لا يؤكل لحمه. فإن استعمل في ما لا يؤكل لحمه فبقرينة[1]. قالوا: ودل على ذلك قوله عز وجل: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: 95]، وإنما نهى عن قتل ما أكله حلال[2] قبل الإحرام، وأما ما كان محرمًا فهو على أصله، فعلم بهذا أن أصل اسم الصيد لا يتناول السباع، ولا الخنازير، ولا الطير الذي لا يؤكل لحمه.

قالوا: ولأن قوله عز وجل: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، إنما يتناول النهي عما[3] له مثل من النعم، والأسد وشبهه، مما لا مثل له من النعم، فلم تتناوله[4] الجملة.

ولأنه عز وجل قال: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: 96]، ثم عطف بقوله: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96]، فدل افتتاح الآية وسياقها على أن التحريم إنما يتأول مأكول اللحم، دون غير المأكول اللحم.

قالوا: وكذلك قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: 2]، إنما أراد به مأكول اللحم دون غيره؛ فصح بهذا ما قلناه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: 95]، ولم يخص مأكول اللحم من غيره، وقوله عز وجل: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96]، وهو حقيقة في الاصطياد الذي هو فعل الصائد، فكأنه جل وعز قال: وحرم عليكم أن تصيدوا في البر مادمتم حرمًا، فهو على عمومه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن اسم الصيد موضوع لما يؤكل لحمه

= 68: «إذا قتل المحرم الصيد الذي لا يبتدئ بالضرر عمدًا أو خطأ، وجب عليه الجزاء ويأثم في العمد، ولا إثم عليه في الخطأ. وبه قال أبو حنيفة. . .» وانظر: المنتقى 2 / 263.

(1) قرينة: دلالة لفظية، أو سياقية أو خارجية.

(2) في الأصل: حلالاً.

(3) في الأصل: ما.

(4) في الأصل: يتناوله.

دون ما لا يؤكل لحمه، وأنه إن استعمل فيما لا يؤكل لحمه فبقرينة، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: 95] إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل. فالجواب عنه: أن الصيد اسم للممتنع المتوحش طبعًا. واسم للاصطياد الذي هو فعل الصائد، ينطلق على ذلك كله، لأن أهل اللغة لا يفرقون في ذلك بين مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم. ألا تراهم يقولون: اصطاد فلان سبعًا، واصطاد ذئبًا، أو ظبيًا، أو غزالاً. ولا يقولون: اصطاد حَمَلاً[1] أو شاة، والفرق بين ذلك: الامتناع والتوحش الموجود في أحد الجنسين، وعدمه في الجنس الآخر.

وقولهم: وإنما يستعمل ذلك في غير مأكول اللحم بقرينة. باطل، لأن الأسد وشبهه يصطاد ويقتنى، ألا ترى أن الملوك يصطادون الأسود والفهود ويقتنونها؟.

وقولهم: إن قوله عز وجل: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، وأن النهي لم يتناول إلا ما له مثل، والأسد وشبهه، مما لا مثل له من النعم، فلم تتناوله الجملة. فالجواب عنه: أنه تسليم منهم بوقوع اسم الصيد عليه، ولأن[2] قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: 95] [عام][3]، وقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95] خاص فيما له مثل.

واحتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة: 96]، إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل فالجواب عنه: أنه غير ممتنع أن يكون قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96] عامًا فيما يؤكل لحمه، وما لا يؤكل لحمه، على حسب ما تقدم من الشرح. ويدل على صحة هذا: أن المحرم، إنما حرم عليه الاصطياد نفسه، وإيلام الصيد، دون الأكل، بدليل أنه يجوز للمحرم أن يأكل لحم صيد صاده

(1) الحَمَل: الصغير من الضأن يجمع على حملان وأحمال. ن: القاموس الفقهي 103.
(2) في الأصل: لأن.
(3) تكملة يقتضيها السياق.

غيره لنفسه، إذا كان الصائد حلالاً، فدل هذا على أن التحريم إنما يتناول الإتلاف، وجنس الصيد فقط.

ويدل على صحة هذه الجملة: أنا مجمعون نحن وإياهم على أن الضبع لا يقتل، وأنه إن قتله محرم، فعليه الجزاء، لأنه حيوان بري ممتنع لا يبتدئ بالضرر [هـ 113] غالبًا، وكذلك الثعلب، وما أشبههما[1].

فإن قالوا عن هذا: إن أصحاب النبي ﷺ سألوه عن الضبع أصيد هو؟ فقال: «نعم وفيه الجزاء»[2]، ونحن نعلم أنهم لم يسألوه عن اللغة[3]، وإنما سألوه: هل هو مما يؤكل لحمه، فأخبرهم أنه مما لا يؤكل لحمه، فلذلك وجب على قاتله الجزاء، فلزم عليه: أن كل ما لا يؤكل لحمه، لا يسمى صيدًا. فالجواب عنه: أن الأمر خلاف ما ظنوه وذكروه. ولو علموه صيدًا مأكولاً ما سألوه عن ذلك، وإنما سألوه: هل هو مما أبيح قتله للمحرم أو لا. فعرفهم عليه السلام الحكم فيه.

ولأنه منتقض عليهم بالمتولد[4] بين الحمار[5] الوحشي والأهلي، وبالمتولد بين الضبع والذئب وهو السِّمع. فإن الشافعي نص على أنهما لا يؤكلان، وأن على قاتلهما الجزاء[6] فبطل ما قالوه. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: أشبهها.

(2) لم أقف عليه.

(3) غير واضحة في الأصل.

(4) في الأصل: للتولد.

(5) في الأصل: بالحمار.

(6) ن: المجموع 7 / 317.

مسألة [121]:

[في صغار الصيد هل يجب في جزائها مثل ما يجب في كباره أم لا؟]

يجب في صغار الصيد مثل ما يجب في كباره[1].

وقال أبو حنيفة: يجب في الصغير قيمته[2]، وبناه على أصله في جواز إخراج القيمة في الكبير.

وقال الشافعي: في صغاره صغار النعم[3].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، ومثل الصغير لا يكون إلا صغيرًا.

قالوا: ولأن النبي ﷺ قال: «في الأرنب عَنَاق[4]، وفي اليربوع[5] جَفْرَة»[6].

---

(1) ن: التفريع 1 / 328، ورؤوس المسائل لابن القصار 68، والإشراف 1 / 240، والتلقين 67، والكافي 1 / 341.

(2) ن: الفقه الإسلامي وأدلته 3 / 276، ورؤوس المسائل لابن القصار 68، والإشراف 1 / 240، ومختصر الطحاوي 70 - 71، والقدوري 31، والمبسوط 4 / 82 - 83 و97.

(3) ن: الفقه الإسلامي وأدلته 3 / 276، وقال في الأم 2 / 227: «عن عطاء أنه قال: في صغار الصيد صغار الغنم، وفي المعيب منها المعيب من الغنم، ولو فداها بكبار صحاح الغنم كان أحب إلي»، وقال في التنبيه 73: «فإن قتل صيدًا له مثل من النعم، وجب فيه مثله من النعم، فيجب في النعامة بدنة، وفي حمار الوحش وبقرة الوحش بقرة، وفي الضبع كبش، وفي الغزال عنز، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة، وفي الصغير صغير، وفي الكبير كبير، وفي الذكر ذكر، وفي الأنثى أنثى، وفي الصحيح صحيح، وفي المكسور مكسور». والمجموع 7 / 431.

(4) العَنَاق: الأنثى من أولاد العنز. ن: المغرب 329، والقاموس الفقهي 263.

(5) اليربوع: حيوان طويل الرجلين قصير اليدين جدًا، وله ذنب كذنب الجرذ. ن: التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 247.

(6) الجَفْرَة بفتح الجيم هي الأنثى من ولد الضأن التي بلغت أربعة أشهر. وفصلت عن أمها. ن:=

قالوا: ولأنه بدل متلف تثبت حرمته بغيره لا بنفسه، فوجب أن [تقل قيمته والحفاظها][1]. دليله: حقوق الآدميين.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: 95]، وأقل الهدايا: شاة، ولأنه تعالى لما قال: ﴿بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ اقتضى ذلك أن يكون الهدي مما يبلغها بنفسه.

ولأنه دم وجب بسبب ممنوع منه في الإحرام، فلم يجز إلا المُسِن من النعم، دليله: فدية الأذى.

ولأنه دم واجب لا يجزئ نحره في غير الحرم، فلم يجز فيه الصغير. دليله: هدي التمتع[2] والقران.

ولأن الجزاء كفارة أوجبها الله تعالى على قاتل الصيد، فاستوى فيه الصغير والكبير. دليله: قتل الصغير أو الكبير من بني آدم.

ولأنه حيوان أخرج باسم الكفارة، فلم يختلف باختلاف السن المُتلَف. دليله: إخراج الرقبة في كفارة القتل.

فإذا ثبت هذا، فكل ما احتجوا به مخصوص، ومحجوج بما ذكرناه من قوله عز وجل: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: 95] مع ما أضفنا إلى ذلك من القياس الجلي[3]. والله أعلم.

***

= التعليق المغني بهامش الدارقطني 2 / 247.

والحديث أخرجه الدارقطني في سننه 2 / 246 - 247، عن جابر رضي الله عنه مرفوعًا، وهذا لفظه بتمامه: «عن جابر، عن النبي ﷺ قال: «في الضبع إذا أصابه المحرم كبش، وفي الظبي شاة، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة»، وفي الموطأ 285: «عن أبي الزبير أن عمر بن الخطاب قضى في الضبع بكبش، وفي الغزال بعنز، وفي الأرنب بعناق، وفي اليربوع بجفرة».

(1) هكذا في الأصل ولا وجه لها، ولم أهتد إلى إقامتها.

(2) في الأصل: المتمتع.

(3) القياس الجلي هو: القياس المنصوص على علته.

مسألة [122]:

[في الصيد الذي قتله المحرم هل يقوم بنفسه أو مثله بطعام؟]

يُقوَّم الصيد المقتول نفسه لا مِثله بطعام [كما][1] لو[2] كان حيًا[3].

وقال أبو حنيفة: ليس في صيد مقتول صغير أو كبير إلا قيمته فحسب[4].

وقال الشافعي: إنما يقوم مثله لا هو[5].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، قالوا: وقد قرئ بالتنوين وحذف الإضافة، محمولة على المثل حقيقة. وقراءة حذف التنوين وإثبات الإضافة محمولة على تقويم المثل.

قالوا: ولأنه متلف يجب له بدل، فوجب أن يكون التقويم للبدل لا للمُبْدَل، دليله: الديات، والهدايا، والغُرَّة[6] في الجنين، والصاع في

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: الو.

(3) ن: التفريع 1 / 329، وفيه: «ويقوم الصيد نفسه بالطعام ولا يقوم مثله من النعم»، ورؤوس المسائل لابن القصار 68، والإشراف 1 / 239، والتلقين 67، والكافي 1 / 342.

(4) ن: المبسوط 4 / 83، وقال في البدائع 2 / 199، ط 2، 74: «الطعام يدل على الصيد عندنا، فيقوم الصيد بالدراهم ويشتري بالدراهم طعامًا، وهو مذهب ابن عباس وجماعة من التابعين، وعن ابن عباس رواية أخرى أن الطعام يدل عن الهدي، فيقوم الهدي بالدراهم ثم يشتري بقيمة الهدي طعامًا وهو قول الشافعي...».

(5) ن: الأم 2 / 205 - 207، والتنبيه 74، والوجيز 1 / 128، والمجموع 7 / 427، وفيه في صفحة 438: «إذا قتل المحرم صيدًا أو قتله الحلال في الحرم، فإن كان له مثل من النعم، وجب فيه الجزاء بالإجماع، ومذهبنا أنه مخير بين ذبح المثل، والإطعام بقيمته، والصيام عن كل مد يومًا. وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه. وداود؛ إلا أن مالكًا قال: يقوم الصيد ولا يقوم المثل، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه المثل من النعم، وإنما يلزمه قيمة الصيد، وله صرف تلك القيمة في المثل من النعم».

(6) الغُرَّة: دية الجنين إذا أسقط ميتًا، وقدرها: عبد أو أمة، أو نصف عشر الدية الكاملة للقتل الخطأ. ن: لغة الفقهاء 329، والقاموس الفقهي 273.

المُصَرَّاة[1].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿أَوْ كَفَّـٰرَةٌ طَعَامُ مَسَـٰكِينَ أَوْ عَدْلُ[2] ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: 95]، ولفظة ذلك إشارة إلى [أن][3] العبرة إنما تقع بالصيد المتلف لا بمثله. دليله: سائر المتلفات، وهو متلف يدخله التقويم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من القراءتين، غير دال على تقويم البدل، لأنه تعالى جعل الجزاء هديًا بالغ الكعبة على القراءتين جميعًا؛ ثم استأنف جل وعز الحكم، فقال: ﴿أَوْ كَفَّـٰرَةٌ طَعَامُ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة: 95]، والكفارة المذكورة هي عوض الصيد المقتول.

وما احتجوا به من الديات، والهدايا، والغرة، والصاع في المصراة، فليس في شيء من ذلك عندنا قيمة، وإنما هو تقدير قدره الشرع، لا تقويم فيه. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(1) المُصرّاة: الشاة ونحوها إذا حبس لبنها في ضرعها فلم يحلب ليظن من يشتريها أنها كثيرة اللبن. ن: النظم المستعذب بهامش المهذب 1 / 282، ولغة الفقهاء 433، والقاموس الفقهي 211.

(2) عِدل: مثل.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

مسألة [123]:
[في المحرم يدل الحلال على صيد فيقتله هل عليه جزاء أم لا؟]

إذا دل رجل محرم رجلاً حلالاً على صيد فقتله، كان متسببًا، ولا جزاء عليه[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: عليه الجزاء[3].

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 69، والإشراف 1 / 243، والتلقين 66، والمنتقى 2 / 241، وفيه تفصيل مهم هذا نصه: «فإن دل المحرم حلالاً أو حرامًا على صيد فقتله، حرم أكل ذلك الصيد، حكى ذلك القاضي أبو الحسن، وهل عليه جزاء أم لا؟ حكى القاضي أبو الحسن والقاضي أبو محمد أنه إن لم يأكل منه فلا قضاء عليه. وبه قال الشافعي، وروى ابن المواز عن أشهب إن دل المحرم حرامًا أو حلالاً على صيد فقتله، فعلى كل واحد منهما الجزاء، فإن دل حلالاً فلا جزاء على الدال، وليستغفر الله تعالى وكذلك إن ناوله سوطًا، وابن القاسم لا يرى في ذلك شيئًا على الدال وهو المشهور عن مالك». وانظر: الكافي 1 / 339.

(2) قال في الوجيز 1 / 127 - 128: «ولو دل حلالاً على صيد عصى، ولا جزاء عليه»، وفي فتح العزيز بهامش المجموع 7 / 491 تفصيل هذا نصه: «ولو دل المحرم حلالاً على صيد فقتله، نظر: إن كان الصيد في يد المحرم، وجب عليه الجزاء، لأن حفظه واجب عليه، ومن يلزمه الحفظ يلزمه الضمان إذا ترك الحفظ، كما لو دل المودع السارق على الوديعة، وإن لم يكن في يده، وهو مسألة الكتاب، فلا جزاء على الدال، ولا على القاتل، أما القاتل فلأنه حلال، وأما الدال، فكما لو دل رجلاً على قتل إنسان، لا كفارة على الدال، وساعدنا مالك رحمه الله على ذلك»، ثم قال: «وعن أحمد أن الجزاء يلزم الدال والقاتل بينهما».

(3) قال في المبسوط 4 / 79: «محرم دل محرمًا أو حلالاً على صيد فقتله المدلول فعلى الدال الجزاء عندنا استحسانًا، وفي القياس ألا جزاء على الدال. وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى». وفي البدائع 2 / 203 - 204 ط 2، 74: تفصيل في المسألة هذا نصه: «ولو دل عليه أو أشار إليه، فإن كان المدلول يرى الصيد، أو يعلم به من غير دلالة أو إشارة، فلا شيء على الدال، لأنه إذا كان يراه أو يعلم به من غير دلالته، فلا أثر لدلالته في تفويت الأمن على الصيد، فلم تقع الدلالة تسببًا، إلا أنه يكره ذلك، فقتله بدلالته، لأنه نوع تحريض على اصطياده، وإن رآه المدلول بدلالته فقتله فعليه الجزاء عند أصحابنا، وقال الشافعي: لا جزاء عليه».

واحتج أصحابه، فقالوا: إن الدلالة لما كان لها تأثير في تحريم الأكل، وجب أن يكون لها تأثير في وجوب الجزاء كالقتل.

قالوا: ولأن الصيد يضمن باليد والسبب. بدليل ما لو حفر بئرًا، فوقع فيها صيد، فإنه يضمن جزاءه. فكذلك إذا دل عليه.

قالوا: وقد قال عليه السلام: «هل أشرتم[1] هل أعنتم[2]»[3]. فلما كانت الإعانة توجب الجزاء، وجب أن تكون الإشارة كذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، وهذا[4] الدال لم يقتل عمدًا ولا خطأ.

ولأنه لم يكن منه مباشرة للقتل، وإنما دل غيره، فلم يجب عليه لذلك جزاء. دليله: ما إذا دله على قتل مسلم، فقتله؛ حيث لا يجب على الدال شيء بإجماع[5]، فكذلك مسألتنا.

ولأنه دال، فلم يجب عليه الجزاء بدلالته. دليله: ما لو دل على إتلاف [مال][6] غيره.

فإذا ثبت هذا، فاستدلالهم باطل، لأنه معارض لقوله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: 95]، وهو نص في القتل دون السبب، والمعتمد ما قدمناه من قتل المسلم، وإتلاف مال الغير؛ إذ حرمة الآدميين آكد،

---

(1) في الأصل: أسرتم.

(2) في الأصل: أغنمتم.

(3) هو جزء من حديث أخرجه النسائي بلفظ قريب جدًا هو: «هل أشرتم أو أعنتم» في كتاب مناسك الحج: إذا أشار المحرم إلى الصيد فقتله الحلال، وأخرجه البخاري في جزاء الصيد، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال، ومسلم في كتاب الحج باب تحريم الصيد للمحرم بلفظ قريب نصه في الأول: «أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها»، وفي الثاني: «هل أشار إليه إنسان منكم، أو أمره بشيء».

(4) في الأصل: هذا.

(5) ربما فات الناسخ وسقط منه كلمتان هنا هما: «منا ومنكم» كما يدل على ذلك ما في آخر المسألة، وهو الصواب، لأنه لا إجماع هنا من كل الأمة.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

وحقوقهم ألزم، فلما لم تكن مضمونة بالدلالة والإشارة بإجماع منا ومنكم، كان الصيد أولى وأحرى ألا يضمن.

واستشهادهم بمن حفر بئرًا، غير لازم. لأنه قاتل الصيد حكمًا.

وقياسهم الإشارة على الإعانة، باطل، لأن الإعانة فعل مباشرة، وليس كذلك الإشارة، والله أعلم.

* * *

مسألة [124]:

[في القارن إذا قتل صيدًا، كم عليه من جزاء؟]

إذا قتل القارن صيدًا، كان [هـ 114] عليه جزاء واحد[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: يلزمه جزاءان[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: هتك حرمة نسكين، فألزمناه جزاءين، كما لو هتكهما مفردين.

ولأن[4] المحرم لو قتل صيدًا مملوكًا لرجل للزمته قيمة لربه، وعليه مع ذلك قيمته للمساكين، لأنه اجتمع فيه حرمتان.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]، فأوجب تعالى على المحرم في قتله الصيد مِثلاً واحدًا.

وقال عليه السلام في الضبع يصيبه المحرم: «فيه كبش»[5]، ولم يفرق عليه السلام بين قارن ولا مُفرد.

ولأنه محرم أتلف صيدًا مضمون المثل، فلم يجب عليه أكثر من جزاء

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 70، والتلقين 67، والكافي 1 / 340، والإشراف 1 / 231.

(2) قال في المجموع 3 / 437: «القارن والمفرد والمتمتع في جزاء الصيد، وفي جميع كفارات الإحرام سواء، فإذا قتل القارن صيدًا لزمه كفارة واحدة، وإن ارتكب محظورًا آخر، لزمه فدية واحدة بلا خلاف عندنا، وقال أبو حنيفة: يلزمه جزاءان».

(3) ن: مختصر الطحاوي 71، والقدوري 31، والمبسوط 4 / 81، ورؤوس المسائل للزمخشري 269.

(4) في الأصل: ولو أن.

(5) أخرجه ابن ماجة في كتاب المناسك باب جزاء الصيد يصيبه المحرم، عن جابر بن عبد الله بلفظ هذا نصه: «جعل رسول الله ﷺ في الضبع يصيبه المحرم كبشًا، وجعله من الصيد».
وتقدم تخريجه أيضًا جزءًا من حديث أخرجه الدارقطني في سننه 2 / 246 من رواية جابر أيضًا.

واحد. دليله: المُفرد.

ولأن حرمة الإحرام، وحُرمة البقعة إذا اجتمعتا في جزاء المحرم، وقتل صيدًا، لم يجب للحرمتين إلا جزاء واحد[1]، فكذلك حُرمة القِران بين الحج والعمرة.

ولأن من أتلف شيئًا واحدًا، لم يجب عليه فيه إلا بدل واحد من جهة واحدة. دليله: سائر المُتلفات.

وعلى أن كل ما قالوه منتقض عليهم بالحِلاق والطِيب.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نُسُكين وحَرَمين، منتقض بما ذكرناه من حرمة الإحرام وحرمة البقعة إذا اجتمعتا.

وما ذكروه من مسألة من قتل صيدًا مملوكًا لغيره، فلا حجة لهم فيه. لأنه اجتمع فيه حقان: حق لمالكه، وحق لله تعالى، فيما أوجبه من الجزاء للفقراء والمساكين على قاتل الصيد. وليس ما اختلفنا فيه كذلك. لأنه لم يتعلق به إلا حق واحد، وهو حق الله تعالى. فبان بهذا ما أردناه.

***

(1) في الأصل واحدا.

مسألة [125]:

[في الصيد إذا قتله جماعة محرمون ماذا عليهم؟]

إذا قتل جماعة محرمون صيدًا، فعلى كل واحد منهم جزاء كامل[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: على جميعهم جزاء واحد[3].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: 95]. قالوا: ومن يصلح للواحد والجمع، فلم يجب لذلك إلا جزاء واحد.

قالوا: ولأنه صيد ممنوع من قتله لحق الله تعالى، فلم يجب على قتله إلا بدل المثل. دليله: ما إذا كان القاتل واحدًا.

قالوا: ولأنه صيد ممنوع من قتله، فإذا قُتل فالواحد والجماعة فيه سَوى كالحَلالين إذا قتلا صيدًا في الحرم.

ولأنه حق وجب في مال بسبب هتك حرمة في حيوان مخصوص مع ثبوته في الأنعام، فلم يجب فيه إلا بدل واحد بسبب واحد.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الجزاء كفارة تجب بسبب قتل

---

(1) ن: التفريع 1 / 327، ورؤوس المسائل 70، والإشراف 1 / 242، والكافي 1 / 341، والبداية 1 / 611، وفيها: «وبه قال الثوري وجماعة». وبه قال أيضًا الحسن والشعبي والنخعي. ن: المجموع 7 / 439.

(2) قال في المبسوط 4 / 80 - 81: «وإذا اشترك رهط محرمون في قتل صيد فعلى كل واحد منهم جزاء كامل عندنا». وقال في البدائع 2 / 202 ط 2، 74: «ولو اشترك جماعة من المحرمين في قتل صيد يجب على كل واحد منهم جزاء كامل عند أصحابنا. وعند الشافعي يجب عليهم جزاء واحد.

(3) ن: الأم 2 / 227 - 228، والتنبيه 74، والوجيز 1 / 129، والمجموع 7 / 439، وفيه: «إذا اشترك جماعة في قتل صيد وهم محرمون لزمهم جزاء واحد عندنا. وبه قال عمر وعبد الرحمٰن بن عوف، وابن عمر، وعطاء، والزهري، وحماد، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود».

الصيد، فالاجتماع والافتراق فيها سوى، كالكفارة الواجبة على المشتركين في قتل المسلم؛ إذ على كل واحد منهم كفارة كاملة. فوجب أن يكون كذلك ما اختلفنا فيه.

ولأنها جناية تجب لمعين، فالذكر والأنثى والصغير والكبير فيه سَوَى على أصلنا، وجناية كل واحد منهم كاملة، فيجب عليهم جزاء كامل. دليله: ما إذا انفرد بالقتل، وإنما قلنا: إن الواجب جزاء الجناية، لأن الواجب إنما هو كفارة، والكفارة جزاء الجناية. لأن الكفارات إنما وضعت لتمحيص[1] الإثم، ولهذا كانت الكفارات عبادات، لأن العبادات سبب تمحيص الآثام، بدليل قوله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: 114].

ولأن الصيام يدخل في جزاء مثل الصيد، فلو كان الواجب على طريق بدل المتلف ـ كما زعموا ـ لوجب ألا يكون للصوم مدخل فيه، لأن البدل واجب بشرط المماثلة، ولا مماثلة بين الصيد والصوم.

ولأن كل واحد من قتلة الصيد كامل، فلا بد من الحكم بكمال الجناية، وذلك أن كمال الإحرام يوجب كمال الحظرية، وكمال الحظرية، يوجب [كمال][2] الجناية، وكمال الجناية، يوجب كمال الجزاء، وهذا كالجماعة إذا قتلوا واحدًا، فإنه يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة، فكذلك ها هنا، فصح ما قلناه، واتضح ما أبناه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾ [المائدة: 95]، وأن من يصلح للواحد والجمع، فهو كما ذكروه؛ إلا أن الظاهر منها ها هنا، والسابق إلى الفهم أنها للواحد، وهو الذي يوجبه ظاهر اللسان.

ولأنه من الأسماء المشتركة كالحد والعين واللون، وما أشبه ذلك فليس لهم حمله على الجمع إلا ولنا حمله على الواحد، حتى تدل القرينة على ما زعموا.

---

(1) لتمحيص الإثم: لمحقه ومحوه، وإزالة أثره.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

وقولهم: ولأنه صيد ممنوع من قتله لحق الله تعالى، فكذلك نقول.

وقولهم: والواحد والجماعة في قتله سواء. غير صحيح. لأن فيه اختلفنا؛ إذ ليس القاتل كالقاتلين.

وقولهم: حق وجب في المال بسبب هتك حرمة حيوان مخصوص، كذلك نقول، وقولهم: فلم يجب فيه إلا بدل واحد كالديات. غير مسلم؛ بل هو بالكفارات أشبه.

وما ذكروه من مسألة الحلالين إذا قتلا صيدًا في الحرم. غير لازم؛ بل هما عندنا كالمحرمين في وجوب الجزاء عليهما. والله أعلم.



مسألة [126]:

[في من أحرم وفي يده صيد هل يجب عليه إرساله أم لا؟]

إذا أحرم وفي يده صيد، وجب عليه إرساله[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجب عليه إرساله[3].

واحتج أصحابه فقالوا: إنه ملك له قبل الإحرام، فالإحرام لا يزيل ملكه عنه، لأن الإحرام طاعة لله عز وجل، والطاعات لا تزيل الأملاك المستقرة. ألا ترى أن ملكه لا يزول [هـ 115] عن زوجته وأمته، ولأنه كالحلال يُدخل الصيد في الحرم.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96] فعم تحريمه ولم يخص شيئًا.

ولأنه مالك للصيد، وما ملكه في حال إحرامه، فأشبه ما لو ابتدأ ملكه وهو محرم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الإحرام بالحج طاعة لله، والطاعات لا تزيل الأملاك المستقرة. ألا ترى أن ملكه لا يزول عن زوجته وأمته، فهو

---

(1) ن: التفريع 1 / 329 - 330، ورؤوس المسائل لابن القصار 70، والكافي 1 / 339، وفيه: «فإن أمسكه في يده فعليه إرساله. فإن لم يرسله حتى مات في يده، فعليه جزاؤه، فإن أرسله فلا شيء عليه، وانظر: عقد الجواهر 138، وهو أحد قولي الشافعي. ن: الدرة المضية 389.

(2) وقال في المبسوط 4 / 98: «ولو أحرم وفي يده ظبي، فعليه أن يرسله، لأن استدامة اليد عليه بعد الإحرام بمنزلة الإنشاء. فإن اليد مستدامة، وكما أن إنشاء اليد متلف معنى الصيدية فيه، فالاستدامة كذلك.». وقال في البدائع 2 / 206، ط 2، 74: «وأما حكم أخذ الصيد، فالمحرم إذا أخذ الصيد يجب عليه إرساله، سواء كان في يده أو في قفص معه، أو في بيته، لأن الصيد استحق الأمن بإحرامه، وقد فوت عليه الأمن بالأخذ. فيجب عليه إعادته إلى حالة الأمن، وذلك بالإرسال».

(3) قال في الدرة المضية 389: «لا يجب على المحرم إرسال الصيد الذي في يده في قول، وقال أبو حنيفة يجب عليه إرساله.». وانظر: المجموع 7 / 442.

صواب وكذلك نقول: إن الطاعات لا تزيل الأملاك المستقرة.

وإنما أنه إذا أحرم بالحج حرم عليه اقتناء الصيد، كما يحرم عليه اصطياده لعموم قوله عز وجل: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: 96]، وليست الزوجة والأملاك المستقرة في شيء من هذا. لأن الله تعالى نص على تحريم الصيد حال الإحرام فحسب.

وقياسهم على الحلال يُدخِل الصيد إلى الحرم، غير صحيح. لأن الحلال غير ممنوع من الصيد ابتداء، وإنما يكون ممنوعًا [من][1] استدامة إمساكه في الحرم، والمحرم ممنوع منه من حين إحرامه، فكان ممنوعًا من إمساكه[2].

* * *

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: اتساك.

باب

مسألة [127]:

[في الهدايا هل يؤكل شيء منها؟]

يؤكل من الهدايا كلها، واجبها وتطوعها، إلا جزاء الصيد، وفدية الأذى، ونذر المساكين، وهدي[1] التطوع إذا عطب قبل مَحِله[2]. **وبه قال أبو حنيفة في هدي التمتع والقران**[3].

وقال الشافعي: لا يؤكل من شيء من الواجبات[4].

واحتج أصحابه فقالوا: الواجب لا يجوز لمخرجه الانتفاع بشيء منه.

---

(1) الهدي: ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بعير، واحدته هدية كجدية. ن: المغرب 501، وحلية الفقهاء 121، والقاموس الفقهي 367، والطلبة 80، والتعريفات 256، ولغة الفقهاء 493.

(2) مَحِل الهدي: الموضع الذي يحل فيه نحره وذبحه. ن: اللسان / حلل.

قال في التفريع 1 / 332: «قال مالك رحمه الله: ويؤكل من الهدي كله واجبه وتطوعه إلا أربعة أشياء: جزاء الصيد، وفدية الأذى، ونذر المساكين، وهدي التطوع إذا عطب قبل محله». وانظر: رؤوس المسائل لابن القصار 66، والإشراف 1 / 247، والكافي 1 / 349، وفيه: «والهدي هديان: واجب وتطوع، ويؤكل من الهدي كله واجبه وتطوعه، إلا أربعة أشياء: جزاء الصيد، وفدية الأذى، ونذر المساكين، وهدي التطوع إذا عطب قبل محله، وأما الهدي الواجب إذا عطب قبل محله، فإنه يأكل منه صاحبه إن شاء لأن عليه بدله...»، وانظر: المنتقى 2 / 318، وفيه تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، والبداية 1 / 647، وعقد الجواهر 142.

(3) ن: المبسوط 4 / 141 و145، ورؤوس المسائل لابن القصار 66، والإشراف 1 / 247، والمنتقى 2 / 318، والإفصاح 1 / 303.

(4) ن: الأم 2 / 238، والمجموع 8 / 370 - 373.

والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه قال مثل قول أبي حنيفة، وقال في الرواية الأخرى: لا يأكل من النذر ولا من جزاء الصيد، ويأكل ما سوى ذلك. ن: الإفصاح 1 / 303 - 304.

دليله: الزكوات والكفارات والنذر، وغير ذلك مما في معناه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَٱلْبُدْنَ[1] جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَٱذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ[2] فَإِذَا وَجَبَتْ[3] جُنُوبُهَا فَكُلُواْ مِنْهَا﴾ [الحج: 36]، وهذا عام في كل هدي، إلا ما قام الدليل على تخصيصه. لأنه تعالى، إنما أراد بقوله: «والبدن» الجنس، وهو اسم واقع على كل هدي واجبًا كان أو تطوعًا.

والدليل على أن الله[4] تعالى إنما أراد بقوله: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم﴾ [الحج: 36]، الهدي الواجب. قوله تعالى: ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَٰفِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: 33]، فلو كان الهدي المذكور هدي التطوع، لم يكن له أجل مسمى، لأن الهدي التطوع، له أن ينحره في أي وقت شاء. فبان بهذا أن قوله تعالى: ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَٰفِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [الحج: 33] إنما أراد به الهدي الواجب. وأجله المسمى هو يوم[5] النحر.

فأما جزاء الصيد فلا يجوز الأكل منه لأنه للمساكين، لأن الله تعالى جعل بدله طعامًا للمساكين. فقال تعالى: ﴿هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: 95].

وكذلك فدية الأذى لا يجوز الأكل منها، لأنه قد جعل بدلها طعامًا للمساكين، فقال تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: 196]، فلا يجوز أكل شيء [منها][6].

وكذلك ما جرد نذرة للمساكين، فلا يجوز له أن يأكل منه.

---

(1) البدن جمع بدنة وهي الناقة. ن: حلية الفقهاء 121، والمغرب 37، والقاموس الفقهي 33.

(2) أي مصطفَّة. ن: مفردات الراغب / صف.

(3) وجبت: سقطت ووقعت على الأرض. والمراد بوجبت جنوبها: إذا وقعت على الأرض وسكنت نفوسها بخروج بقية الروح منها. ن: المغرب 476 - 477.

(4) في الأصل: قوله.

(5) يوم النحر: يوم عيد الأضحى.

(6) هنا كلمة ممحوة، ما يتراءى منها صورته هكذا: منداه. ولعل الصواب ما أثبتناه.

وأما هدي التطوع إذا عُطب قبل مَحِله، فإنما لم يجز له أن يأكل منه [حتى][1] لا يتهم أن يكون غرضه التلف لكي يعطب، فينحره، فيأكل. فيمنع من الأكل منه لهذه العلة. كما منع قاتل العمد من الميراث لاستعجاله ذلك قبل وقته. فأما إذا بلغ هدي التطوع مَحِله، فإنه يجوز له أن يأكل منه لزوال العلة التي لأجلها منع الأكل.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الواجب لا يجوز لمخرجه الانتفاع بشيء منه، كالكفارات والزكوات، والنذور، وغير ذلك. فالجواب عنه: أن الهدايا إنما الغرض[2] منها[3] إراقة الدم. ولأنها عبادة لا بد فيها من عج وثج. العج: رفع الصوت بالتلبية، والثج: إراقة الدم. وليس الغرض فيها إطعام المساكين فقط. بدليل أنه لو أطعم المساكين لحمًا أو طعامًا مكان ما وجب عليه من الهدي، لم يجزئه، فثبت بهذا أن الغرض فيها ليس إطعام المساكين فقط، وهذا [لما اختلفوا له][4] من الزكوات.

ولأنه قد يجوز الانتفاع بالواجب من وجه ما. ألا ترى أن ما أعتقه الإنسان من الرقاب الواجب عليه بالكفارات[5] وأشباهها، يكون له ولاؤها[6] ينتفع به، ويورث عنه، والزكاة لا يجوز أن ينتفع بشيء منها. فبطل بهذا قولهم: إن الواجبات لا يجوز أن ينتفع بشيء منها.

ولأنه يجوز أن يؤكل من هدي التطوع، فلا يجوز أن يؤكل من صدقة التطوع، فيجوز له على هذا أن يأكل من الهدي الواجب، لأن تطوع الهدي

---

(1) كلمة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: العرض.

(3) في الأصل: فيها.

(4) ما بين القوسين هو هكذا في الأصل ولا وجه له، ولم أهتد إلى إقامته.

(5) في الأصل: والكفارات.

(6) الولاء لغة: النصرة، والقرب، والمحبة، والقرابة، والملك. وشرعًا: عصوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية. ن: القاموس الفقهي 389، والمغرب 495، وحلية الفقهاء 208، وفي التعريفات 255: الولاء هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه، أو بسبب عقد الموالاة عند البعض.

مخالـف لغيره من التطوعات في جواز الأكـل منـه، فوجـب بهذا أن يكون واجب الهدي مخالفًا[1] لغيره من الواجبات في جواز الأكل منه. والله أعلم[2].

* * *

(1) في الأصل: مخالف.

(2) هذه الفقرة بكاملها مضطربة لا يكاد يتبين لها معنى مقبول كما ترى، ولم أهتد إلى إقامتها.

باب

مسألة [128]:

[في من أحصر بعدو أو مرض ففاته الحج فكيف يتحلل من إحرامه؟]

ومن أُحْصِر[1] بعدو، فله أن يتحلل، وينصرف، وأما من حبسه مرض، وفاته الحج، أو أخطأ العدد[2]، فلا يُحله من إحرامه إلا البيت[3]. **وبه قال ابن عباس**[4]، **وابن الزبير**[5]، **وابن عمر**[6]، **والشافعي**[7].

وقال أبو حنيفة: الحصر بالمرض، كالحصر بالعدو، وللمريض أن

---

(1) أُحصر: مُنع بسبب خوف أو مرض من الوصول لإتمام حجه أو عمرته. ن: المغرب 118، وحلية الفقهاء 121 - 122، والأنيس 144، والقاموس الفقهي 91.

(2) أخطأ العدد: وقف في غير يوم عرفة، وهو اليوم التاسع من شهر ذي الحجة.

(3) ن: الموطأ 247 - 248، والتفريع 1 / 351 - 352، ورؤوس المسائل لابن القصار 71، والتلقين 70، والكافي 1 / 346 - 347، والمنتقى 2 / 271، والقبس 2 / 570 - 571، واختلاف العلماء 85.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) ن: الأم 2 / 173، 175، 178، والتنبيه 80، وفيه تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، والوجيز 1 / 130، وقال في المجموع 8 / 204: «قال الشافعي والأصحاب إذا أحصر العدو المحرمين عن المضي في الحج من جميع الطرق فلهم التحلل سواء كان الوقت واسعًا أم لا، وسواء كان العدو مسلمين أو كفارًا، لكن إذا كان الوقت متسعًا فالأفضل تأخير التحلل، فلعله يزول المنع ويتم الحج، وإن كان الوقت ضيقًا، فالأفضل تعجيل التحلل خوفًا من فوات الحج»، ثم قال في صفحة 310: «إذا مرض المحرم ولم يكن شرط التحلل فليس له التحلل بلا خلاف... أما إذا شرط في إحرامه أنه إذا مرض تحلل، فقد نص الشافعي في القديم على صحة الشرط...»، ثم قال في الصفحة 355: «مذهبنا أنه لا يجوز التحلل بالمرض وغيره... من غير شرط، وبه قال ابن عمر، وابن عباس، ومالك وأحمد وإسحاق».

يتحلل وينصرف دون البيت كالحصر بالعدو سواء[1].

واحتج أصحابه بقول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: 196]، قالوا: والإحصار المنع، يقال: أحصر فلان بالمرض، وحصر بالعدو. قالوا: وهذا ذكره ثعلب[2] في الفصيح[3]، وأبو إسحاق[4] الزجاج في المعاني[5]، فصار نص القرآن متناولاً لمن أحصر بمرض أو عدو.

قالوا: فلو كان المريض لا يحله من إحرامه إلا البيت ـ كما قلتم ـ لاحتاج إلى مدة طويلة في الإحرام، وفي زيادة مدة الإحرام زيادة لزوم مشقة تلحقه. والشرع قد جعل له التخلص من هذه الزيادة الشاقة؛ إذ قال جل وعز: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78] فجاز[6] له التحلل [هـ116] ترفهًا له ورخصة. وهذا وأمثاله في فسخ العقود[7] اللازمة. ألا ترى أن المبتاع يلزمه البيع ويجب له وعليه بالعقد. ثم إذا وجد عيبًا بالمبيع جاز له فسخ ذلك

---

(1) قال في المبسوط 4 / 107: وإذا بعث بالهدي، فإن شاء أقام مكانه، وإن شاء رجع، لأنه صار ممنوعًا من الذهاب، يخير بين المقام والانصراف، وهذا إذا كان محصرًا بعدو، فإن كان محصرًا بمرض أصابه، فعندنا هو والمحصر بالعدو سواء، يتحلل ببعث الهدي، وعند الشافعي رحمه الله ليس للمريض أن يتحلل، إلا أن يكون شرط ذلك عند إحرامه، ولكنه يصبر إلى أن يبرأ».

(2) هو أبو العباس أحمد بن يحيى الشيباني البغدادي إمام الكوفيين في النحو واللغة، ولد سنة 200هـ، حفظ كتب الفراء، فلم يشذ منها حرف، ولازم ابن الأعرابي بضع عشرة سنة، وسمع محمد بن سلام الجمحي، والأثرم، وخلق. وروى عن الأخفش الصغير، ونفطويه، وأبو عمر الزاهد، وخلق. كان ثقة متقنًا، كان بينه وبين المبرد منافرات، صنف المصون في النحو، واختلاف النحويين، ومعاني القرآن، وغريب القرآن، والفصيح، وغير ذلك، مات رحمه الله سنة 291هـ. ن: البغية 1 / 396 - 398.

(3) لم أقف عليه.

(4) هو إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج، كان من أهل الفضل والدين علاوة على علمه الجم، وهو صاحب كتاب معاني القرآن، وغيره. ن: البغية 1 / 411 - 413.

(5) ن: اللسان / الحصر.

(6) في الأصل: لحار.

(7) العقود: العهود والمواثيق.

العقد اللازم عن نفسه، كما جاز للمبتاع إذا وجد عيبًا أن يحل عقد البيع عن نفسه، لضرورته[1] إلى ذلك.

والدليل على صحة ما قلناه بأن الحصر[2] بمرض لا يحله عن إحرامه إلا البيت: قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: 196]، ولم يستثن جل وعز صحيحًا من مريض، ولا مريضًا من صحيح، وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وهذا عام في كل عقد مشروع إذا التزمه مؤمن متشرع. فلا يجوز لمن دخل في حج أو عمرة أن يتحلل منهما[3] إلا بإتمامهما[4]، سواء كان مريضًا، أو كان صحيحًا، أو فاته الحج أو أخطأ العدد، أي ذلك كان، فإنه يطوف بالبيت، ويتحلل بعمل العمرة، ثم ينصرف. وبذا أمر عمر رضي الله عنه أبا أيوب[5] الأنصاري، وهبار[6] بن الأسود، فاتهما الحج، فقال لهما: «طوفا بالبيت، وأحلا، وعليكما الحج من قابل،

---

(1) في الأصل: لضرورتها.

(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: المحصر.

(3) في الأصل: منها.

(4) في الأصل: بإتمامها.

(5) هو أبو أيوب خالد بن يزيد بن كليب الأنصاري الخزرجي النجاري المدني، شهد العقبة، وبدرًا، وأحدًا، والخندق، وبيعة الرضوان، والمشاهد كلها، خرج له الستة، روى عنه من الصحابة ابن عباس وابن عمر، والبراء وأبو أمامة، وزيد بن خالد الجهني، وغيرهم، ومن الناس خلق. مات سنة 52هـ، عند الأكثرين، في حصار القسطنطينية ودفن بقرب سورها رضي الله عنه ورحمه.

ن: الرياض 60 - 61، والخلاصة 100.

(6) في الأصل: هبان، وهو تصحيف. وهبار هذا هو هبار بن الأسود بن المطلب بن عبد العزى القرشي، عرض لزينب بنت رسول الله ﷺ في سفهاء من قريش حين بعث بها أبو العاص زوجها إلى المدينة، فأهوى إليها هبار هذا ونخس بها، فألقت ذا بطنها، فقال عليه السلام: إن وجدتم هبار فأحرقوه بالنار، ثم قال: اقتلوه، فإنه لا يعذب بالنار إلا رب النار، فلم يوجد، ثم أسلم بالجعرانة بعد الفتح وحسن إسلامه. وصحب النبي عليه السلام، وهو الذي قال له عمر رضي الله عنه حين فاته الحج: طف بالبيت وبين الصفا والمروة. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 10 / 390، والإصابة 10 / 233.

والهدي»[1]، وذلك بمحضر من المهاجرين والأنصار، فلم ينكر ذلك عليه أحد. وإنما كان ذلك كذلك، لأن من فاته الحج، أو أخطأ العدد معذور، ومع كونه معذورًا، لا يحله من إحرامه إلا البيت، كذلك المريض أيضًا معذور، فوجب ألا يحله من إحرامه إلا البيت، كمن فاته الحج أو أخطأ العدد.

والفرق بين المريض والمحصر بعدو؛ هو أن المحصر بعدو، إنما أبيح له التحلل لأنه[2] يقدر على دفع الخوف عنه بتأخيره عن العدو وتباعده عنه، فجاز له الإحلال لذلك. والمحصر بمرض لا يقدر على رفع المرض بالإحلال، ولا ينتفع به. ويقدر أن يتعافى، ويتداوى مع بقائه على إحرامه حتى يُحل بالبيت، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: 33]. قال بعض المفسرين: محل الهدايا[3]، وقال بعضهم: محل الشدائد[4].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: 196]. غير صحيح. لأن الأمة مجمعة على أن الآية إنما نزلت في حصر العدو[5]، ويدل عليه قوله عز وجل في الآية الأخرى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَآ أَمِنتُمْ فَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ﴾ [البقرة: 239] ولا يقال أمنتم إلا من العدو، لا من المرض، وإنما يقال في المرض: برئ وعوفي.

وقولهم: إنه يقال أحصر بالمرض، وحصر بالعدو. فقد قال الفراء[6]

---

(1) حديث هبار بن الأسود أخرجه مالك في الموطأ في هدي من فاته الحج من كتاب الحج بلفظ طويل هذا نصه بتمامه: «عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر، وعمر بن الخطاب ينحر هديه، فقال: يا أمير المؤمنين، أخطأنا العِدّة، كنا نرى أن هذا اليوم يوم عرفة، فقال عمر: اذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هديًا إن كان معكم، ثم احلقوا، أو قصروا وارجعوا، فإذا كان عام قابل فحجوا وأهدوا، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع».

(2) في الأصل: لا، والصواب ما أثبتناه والله أعلم.

(3) ن: مختصر تفسير ابن كثير 2 / 543، وأحكام القرآن لابن العربي 3 / 1286.

(4) لم أقف على قائل هذا.

(5) لم أقف على من نقل هذا الإجماع.

(6) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله، أعلم الكوفيين بالنحو بعد الكسائي، أخذ عنه، =

يقال: أحصر فيهما جميعًا[1]؛ وقد أشار إليه ابن قتيبة[2] في بعض[3] كتبه. وإذا كان ذلك كذلك، وكان اللفظ صالحًا لهما جميعًا، كان معينًا في حصر العدو بدليل ما قدمناه.

وما احتجوا به من زيادة مدة الإحرام. فضعيف. لأنه لما أحرم، فقد التزم البقاء فيما دخل فيه بالإحرام طال فيه أو قصر، حتى يُحل منه بوجه جائز كما ذكرنا، لأنه لم يحرم على أمان من المرض، أو الفوات، أو إخطاء العدد، فإذا أحرم على غير أمن من ذلك، فقد ألزم نفسه البقاء فيما دخل فيه، مع جواز دخول هذه العوارض عليه إلى أن يُحل بوجه جائز.

وأما مسألة البيع، فلا تشبه مسألة الإحرام، لأن البيع يجوز فيه شرط الخيار[4] ومسألة[5] الإحرام، لا خيار للمحرم في حل ما دخل فيه من الإحرام، إلا ما ورد فيه النص من حصر العدو.

❊ ❊ ❊

= وعليه اعتمد، وأخذ عن يونس صنف: معاني القرآن، واللغات، والمصادر في القرآن، وغير ذلك كثير. توفي سنة 200هـ، وقيل: 207هـ.

ن: نزهة الألباء 98، ووفيات الأعيان 6 / 176، وتذكرة الحفاظ 1 / 372، وتهذيب التهذيب 11 / 212، وبغية الوعاة 2 / 333.

(1) ن: اللسان / حصر.

(2) هو عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري النحوي اللغوي الكاتب نزيل بغداد، صنف إعراب القرآن، ومعاني القرآن، وغريب القرآن، ومختلف الحديث، ومشكل القرآن، وغريب الحديث، وغير ذلك في النحو واللغة وغيرهما. توفي سنة 267هـ.

ن: وفيات الأعيان 3 / 124، بغية الوعاة 2 / 63 - 64.

(3) لم أقف عليه.

(4) في الأصل: الخيا.

وشرط الخيار أو خيار الشرط هو في اصطلاح الفقهاء: ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ. ن: القاموس الفقهي 126.

(5) هكذا في الأصل، ولعل الصواب، وفي مسألة.

مسألة [129]:

[في من تحلل من حصر العدو. هل عليه هدي أم لا؟]

لا هدي على من تحلل من حصر العدو[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: يلزمه الهدي[2].

واحتج أصحابهما: بقوله عز وجل: ﴿وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾ [الفتح: 25]، وبقوله: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْىِ﴾ [البقرة: 196].

قالوا: ولأنه متحلل من إحرامه بعذر، فوجب عليه الهدي قياسًا على المُحصر بمرض.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾ [الفتح: 25]، وذلك ما لا يدل على وجوب الهدي، وإنما يدل على وجوده، والوجود غير الوجوب.

ولأنه عليه السلام، إنما ساق الهدي في عام[3] الحديبية تطوعًا لا لشيء وجب عليه.

ولأنه أشرك بين أصحاب في الهدايا في سفره ذلك، وكان عدد الهدي

---

(1) ن: التفريع 1 / 351، ورؤوس المسائل لابن القصار 71، والتلقين 70، والكافي 347، وقال في المنتقى 2 / 273: «. . . أن ينحر هديًا إن كان معه قد ساقه. وأما تحلله للحصر، فلا يوجب هديًا عند مالك، وبه قال ابن القاسم، وقال أشهب: عليه الهدي، وبه قال أبو حنيفة والشافعي». وانظر: القبس 2 / 570 - 571.

(2) قال في المبسوط 4 / 106: «فعلى المحصر إن كان محرمًا بالحج أن يبعث بثمن هدي، يشترى له بمكة فيذبح عنه يوم النحر، فيحل من إحرامه، وهذا قول علمائنا رحمهم الله تعالى أن هدي الإحصار مختص بالحرم، وعلى قول الشافعي رضي الله عنه: لا يختص بالحرم، ولكن يذبح الهدي في الموضع يحصر فيه». وقال في المجموع 8 / 298 - 299: «فإن كان في الحرم ذبح الهدي فيه، وإن كان في غير الحرم ولم يقدر على الوصول إلى الحرم، ذبح الهدي حيث أحصر، لأن النبي ﷺ نحر هديه بالحديبية، وهي خارج الحرم».

(3) الحديبية قرية على نحو مرحلة من مكة، سميت ببئر هناك عند مسجد الشجرة التي بايع تحتها الصحابة بيعة الرضوان. ن: تهذيب الأسماء واللغات: 3 / 81، والطلبة 80.

أقل من عددهم[1]، فثبت بهذا أن بعضهم أهدى، وبعضهم لم يهد شيئًا، فبطل ما اعتمدوه.

ولأنه لا قضاء عليه عندنا إذا تحلل من حصر العدو، فإذا سقط القضاء الذي هو الأصل، كان سقوط الفرع أولى وأحرى.

ولأنه إذا صُد قبل الإحرام، لم يكن عليه شيء، فكذلك إذا صد بعده.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الآية، فقد جعلناه دليلاً لنا. وقياسهم المحصر بعدو على المحصر بمرض في وجوب الهدي، قياس فاسد، لأن المحصر بمرض إنما وجب عليه الهدي، لوجوب القضاء عليه، والمحصر بعدو لا قضاء عليه عندنا، لأن النبي ﷺ حين صُدّ عن البيت لم يقض شيئًا[2]، ولا عُلم أنه أمر أحدًا[3] من أصحابه بالقضاء، فصح ما قلناه. والله أعلم.

* * *

(1) لم أقف عليه.
(2) لم أقف عليه.
(3) في الأصل: أحد.

باب

مسألة [130]:

[في الإجارة على الحج ما حكمها؟]

الإجارة(1) على الحج جائزة(2). **وبه قال الشافعي**(3).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك(4).

واحتج أصحابه، فقالوا: الحج عبادة بدنية، فلا يجوز الاستئجار عليه. دليله الصوم والصلاة.

قالوا: والدليل على أنها عبادة بدنية: هو أن أداءها لا يتأتى إلا بأفعال بدنية من الوقوف والطواف، والسعي، والرمي، وغير ذلك. قالوا: والعبادات إنما أوجبها الله تعالى على العبد على جهة الابتلاء، والابتلاء في العبادات البدنية، لا يوجد إلا بإتعاب البدن، لأنه يظهر [عنه الإتعاب](5) طواعية العبد لربه وانقياده لحكمه، أو كراهيته لذلك ونفوره منه، فيعرف الصادق من

---

(1) الإجارة: تمليك المنافع بعوض هو مال. ن: الطلبة 253، والمغرب 20، والتعريفات 126، والأنيس 193، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 4، وشرح الحدود 392، ولغة الفقهاء 42 - 43، والقاموس الفقهي 13 - 14، والبهجة 2 / 180.

(2) ن: التفريع 1 / 316، ورؤوس المسائل لابن القصار 67، والإشراف 1 / 217، والكافي 1 / 354 وفيه: «الإجارة على الحج جائزة عن الميت إذا أوصى بها». والمنتقى 2 / 271، وعقد الجواهر 123.

(3) ن: الأم 2 / 135، والوجيز 1 / 110، والمجموع 7 / 120 - 121، وقال في صفحة 139: «مذهبنا صحة الإجارة للحج بشرطه السابق. وبه قال مالك».

(4) قال في المبسوط 4 / 158: «رجل استأجر رجلاً ليحج عنه، لم تجز الإجارة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: «تجوز، وأصل المسألة أن الاستئجار على الطاعات التي لا يجوز أداؤها من الكافر لا يجوز عندنا، وعند الشافعي رضي الله عنه: كل ما لا يتعين على الأجير أداؤه، يجوز الاستئجار عليه إذا كان تجزئ فيه النيابة».

وبقول أبي حنيفة قال الإمام أحمد رضي الله عنه. ن: المجموع 7 / 139.

(5) ما بين القوسين لعله زائد. والله أعلم، ويحتمل أنه مصحف صوابه: «عند الإتعاب».

الكاذب، والمطيع من العاصي، والمخلص من المنافق، فيتحقق معنى الابتلاء والامتحان، قالوا: وإذا ثبت هذا الأصل، فلا يوجد معنى الابتلاء إلا فيما يفعله العبد [هـ 117] بنفسه، ويتحمله[1] بقية بدنه وجسمه. قالوا: فإذا[2] أجر عليه غيره ليحج عنه، واستنابه في ذلك، فإنه لا يتحقق معنى الابتلاء فيه بحال. قالوا: ولهذا لم تجز[3] النيابة في الصلاة، ولا في الصوم. قالوا: فأما الزكاة وغيرها من واجبات المال، فإن النيابة فيها جائزة. لأن الابتلاء فيها إنما هو تنقيص المال وإخراجه، وذلك موجود بإخراج المالك المكلف لذلك، أو غيره.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن كل عمل معمول، موكد[4] تسليمه، مفترض على الفاعل فعله، فإن الإجارة جائزة[5] [فيه][6]. دليله: ما إذا استأجره على [مسجد][7] نصب قنطرة، أو بناء مسجد، أو رباط[8]، أو غير ذلك من أفعال البر.

ولأنها عبادة تتعلق بالمال، وتصح النيابة فيها، فجاز أخذ الإجارة عليها. دليله: أخذ الأجرة على تفريق الزكوات والكفارات، وصرفها بين المستحقين من الفقراء أو المساكين.

ولأنه إذا جازت النيابة فيها بغير أجر، جازت بأجر. دليله: صرف الزكوات والكفارات والديون، وما أشبه ذلك. فإذا صح هذا، صحت بإجماع منا ومنهم الإجارة على الحج، لأن أفعاله معلومة في نفسها، متعين زمانها

---

(1) في الأصل: ويتحمل.
(2) في الأصل: فما إذا.
(3) في الأصل: تجب، والظاهر أنه مصحف.
(4) في الأصل: موكل.
(5) في الأصل: جائز.
(6) تكملة يقتضيها السياق.
(7) هكذا في الأصل ولعله زائد.
(8) الرباط: المرابطة بالثغر، وهو أيضًا واحد الرباطات وهي الأبنية المخصصة للمرابطة وهي المرادة هنا. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 116، والمغرب 181.

ومكانها، جائز تسليمها، لأن طوافه وسعيه، ووقوفه ورميه عن الغير، تسليم منه للغير حكمًا وشرعًا، وهذا كما لو استأجر على تعليم سورة من القرآن بعينها، أو على تعليم الخط، أو الحساب، أو العربية، أو غير ذلك. وهذا إن شاء الله ظاهر.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أنها عبادة بدنية، فهي وإن كانت عبادة بدنية، فإن النيابة تجوز فيها بإجماع[1]. وهذا ما لا يمكن دفعه.

وقولهم: إن وصف الابتلاء لا يوجد إلا بفعله بنفسه. فالابتلاء فيه موجود، لأنه يدفع المال إلى المستأجر، ويأمره بالصفة التي يحج بها عنه من إفراد، وقران وتمتع. وهذا نفس الابتلاء أو هيأته لا محالة. لأن ابتلاء البدن قد انتقل كله إلى المال.

وما احتجوا به من الصلاة والصوم، فلا يشبه عبادة الحج [لأن عبادة الحج][2] يجوز فيها النيابة بإجماع، ويجوز الإجارة عليها على مذهب أكثر العلماء [والسنة][3]، وليس[4] الصوم والصلاة كذلك، فبان الفرق بينهما.

* * *

---

(1) قال في رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 127: «وتجوز النيابة في حج الفرض عن الميت بالاتفاق».

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) هذه الكلمة يحتمل أنها زائدة، ويحتمل أن صوابها مع ما قبلها كالآتي: علماء السنة.

(4) في الأصل: وليست.



كتاب الجهاد

مسألة [131]:

[في الذي يجوز أمانه من المسلمين]

يجوز أمان[1] الحر البالغ العاقل من المسلمين ذكرًا كان أو أنثى، ولا يجوز نقضه[2]. **قال ابن[3] القاسم**: وكذلك أمان الصبي إذا عقل الأمان. قال: وهذا قياس[4] مذهب مالك[5]؛ وقد استقرى[6] بعض أصحابنا على أصل مذهبه جواز أمان العبد، كان محجورًا عليه، أو مأذونًا له[7]. **وبه قال**

---

(1) الأمان عقد الحماية والإجارة. ومعنى يجوز أمان الحر. . . : يصح أن يجير غيره ويحميه.

(2) قال في التلقين 73: «وأمان الأمراء نافذ، وأمان غيرهم من سائر الناس عند مالك رحمه الله نافذ لا يجوز نقضه. .».

وانظر الكافي 1 / 404، والبداية 1 / 655 - 656، وعقد الجواهر 149، والقوانين الفقهية، والمنتقى 3 / 173، وفيه بعد ذكر ما يوافق قول المؤلف: «وأخرج الشيخ أبو محمد في النوادر رواية معن بن عيسى عن مالك أنه قال: لا يصح أمان العبد وما سمعت فيه شيئًا».

وبقول مالك والشافعي في أمان العبد قال أحمد. ن: المحرر في الفقه 2 / 180، وإيثار الإنصاف 238.

(3) في الأصل: بن.

(4) وهذا قياس مالك: أي هذا الجاري على أصوله، وفي الأصل كلمة قياس صحفت إلى قياد.

(5) وقال في المنتقى 3 / 173: «وأما البلوغ فاختلف أصحابنا فيه، فقال ابن القاسم: يجوز تأمين الصبي إذا عقل الأمان، وقال سحنون: إن أجازه الإمام في المقاتلة جاز تأمينه وإلا فلا أمان له».

(6) الاستقراء: هو الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته. ن: التعريفات 18، وانظر القاموس الفقهي 297.

(7) المأذون له: هو من فك عنه الحجر، وأطلقت يده في التصرف فيما كان ممنوعًا منه. ن: القاموس الفقهي 19، وقال في الطلبة 129، والمأذون له هو العبد أو الصبي الذي أطلق له التصرف.

ولعل الذي أشار إليه المؤلف رحمه الله بقوله: بعض أصحابنا، هو أبو الحسن بن القصار، فقد ورد في رؤوس مسائله قوله عطفًا على قول مالك: وأمان المرأة جائز، =

الشافعي[1].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أمان العبد المحجور عليه إلا بإذن سيده[2].

وقال الشافعي في الصبي: لا يجوز أمانه[3].

وقال عبد الملك[4] **بن الماجشون**: الأمان إلى الأيمة، أو أمراء الأجناد. فما كان منه صلاحًا ونظرًا، أمضي، وما كان خلاف ذلك رد[5].

واحتج أصحاب الشافعي، فقالوا: أمان الصبي عقد من العقود، وعقده لا يجوز في شيء من الأشياء، لسقوط التكليف عنه، ومن لا يجوز عقده، فلا يجوز أمانه.

قالوا: ولأن الصبي لو أقر[6] بشيء في يده، أو ماله، لم يلزمه شيء في

= والصبي إذا عقل القتال: «وكذلك عندي أمان العبد لأنه احتج بقوله عليه السلام: «يجير على القوم أدناهم»، والعبد للرق الذي فيه من الأدنى». ن: رؤوس المسائل لابن القصار 53، ، وانظر: الإشراف 2 / 268.

(1) ن: الأم 4 / 239 - 240، والتنبيه 233، والوجيز 2 / 194، ورحمة الأمة بهامش الميزان 2 / 163، وهو قول محمد بن الحسن الشيباني. ن: المبسوط 10 / 26.

(2) ن: القدوري 114، وقال في المبسوط 10 / 70: «فأما العبد إذا أمن أهل الحرب فإن كان مأذونًا له في القتال، فأمانه صحيح». ثم قال: «فأما أمان العبد المحجور عليه عن القتال فهو باطل في قول أبي حنيفة رحمه الله صحيح في قول محمد والشافعي رحمهما الله، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله، وذكر الكرخي قوله مع محمد رحمهما الله تعالى»، وبقول أبي حنيفة قال سحنون. ن: المنتقى 3 / 173، 7 / 106.

(3) وقال في التنبيه 233: «وإن أمنه صبي لم يقتل؛ غير أنه يعرف أنه لا أمان له، ليرجع إلى مأمنه»، وقال في الوجيز 2 / 194: «ولا يصح من مجنون وصبي»، وانظر: رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 163، وهو قول أحمد.

وانظر في الموضوع أيضًا: رؤوس المسائل للزمخشري 365، وطريقة الخلاف 279، وإيثار الإنصاف 237 - 239، والبدائع 7 / 106 ط 2، والغرة المنيفة 170.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) قال في المنتقى 3 / 173: «وقال عبد الملك بن الماجشون: لا يلزم غير تأمين الإمام، فإن أمن غيره فالإمام بالخيار بين أن يمضيه، وبين أن يرده».

(6) أقر: أخبر بحق لآخر عليه. ن: التعريفات 33، وحلية الفقهاء 145، والطلبة 277، =

إقراره، فلا يصح أمانه اعتبارًا بالمجنون. فإن عقد هذا الصبي الأمان، رد الكافر الذي عقد له الأمان إلى مأمنه.

وقال بعضهم: إن أمان الصبي يتخرج على إسلامه، فإن قلنا: إن إسلامه يصح، يصح أمانه، وإن قلنا: إن إسلامه لم يصح، لم يصح أمانه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عليه السلام: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»[1]، فعم، ولم يخص أحدًا[2] من المسلمين بجواز الأمان دون غيره.

ولأنه أمان من مميز[3]، قد عقل مصلحة الأمان، فوجب نفوذه. دليله: أمان المرأة والعبد، فإن أمانهما جائز بإجماع منا ومنهم.

ولأن الصبي مولود على الفطرة، محكوم له بالإسلام، فوجب دخوله، ودخول أمانه في عموم قوله ﷺ: «يجير على المسلمين أدناهم»[4].

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من القياس، وأن من لا يجوز عقده، لا يجوز أمانه. فلا جريان له مع قوله ﷺ: «ويسعى بذمتهم أدناهم»، وقوله: «يجير

= والأنيس 243، ولغة الفقهاء 83.

(1) هذا الحديث وتمامه: «وهم يد على من سواهم» أخرجه أبو داود في الديات باب إيقاد المسلم بالكافر، والنسائي في القسامة باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس، وأحمد في مسند علي بن أبي طالب والبيهقي في السير باب أمان العبد، كلهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وابن ماجة في الديات باب المسلمون تتكافأ دماؤهم عن ابن عباس، وعبد الرزاق في الجهاد باب الجوار وجوار العبد والمرأة عن عمرو بن شعيب. كلهم بلفظ واحد. وأخرجه البخاري مختصرًا في العلم باب كتابة العلم.

(2) في الأصل: أحد.

(3) في الأصل: يميز.

(4) أخرجه أبو داود في الديات باب إيقاد المسلم بالكافر ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ـ مختصرًا وابن ماجة في الديات باب المسلمون تتكافأ دماؤهم. وأحمد في مسند عبد الله بن عمرو. بلفظ «يجيز»، وعبدالرزاق في الجهاد باب الجوار، وجوار العبد والمرأة، عن سعيد المقبري والبيهقي في السير، باب أمان العبد عن أبي هريرة رضي الله عنه.

على المسلمين أدناهم»[1].

وقولهم: إن من لا يصح عقده، لا يصح أمانه لعدم التكليف. غير لازم، لأن وجود[2] التكليف إنما يؤثر في صحة التكليف، دون ما يتعلق بأفعال الصبي من الحقوق، مثل أروش[3] الجنايات[4]، والذي يجب بفعله على عاقلته[5] من تحمل الديات[6]، وما يلزم في ناضه[7]، وحرثه وماشيته من الزكوات.

وقولهم: ولأنه لو أقر بشيء في يده أو ماله، لم يلزمه شيء بالإقرار، فكذلك لا يصح أمانه اعتبارًا بالمجنون. غير لازم، لأنه لا تعلق ولا تناسب بين الإقرار وعقد الأمان، بدليل أن المديان[8] لو أقر بشيء في يده لغير غرمائه، لم يقبل إقراره، ومع ذلك فإن عقد أمانه جائز بإجماع، واعتباره بالمجنون غير صحيح. لأن الأمان منه لا يصح لفقد عقله، وقلة تمييزه، وليس كذلك الصبي إذا كان ممن يعقل الأمان، والله أعلم.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: وجوب.

(3) الأروش: جمع أرش. وهو لغة الفساد، والرشوة، ودية الجراحة، وشرعًا هو قيمة العيب. ن: القاموس الفقهي 19، والطلبة 335، وغريب المدونة112، والتعريفات 17، والأنيس 295، ولغة الفقهاء 54.

(4) الجنايات هي كل فعل محظور يتضمن ضررًا على النفس أو غيرها. ن: التعريفات 79، ولغة الفقهاء 167، وعند المالكية هي: فعل الجاني الموجب للقصاص. ن: القاموس الفقهي 70.

(5) العاقلة هم من يحملون دية الخطأ، وهم عصبة الرجل، وعند بعضهم أهل ديوانه، وعند آخرين أهل نصرته. ن: لغة الفقهاء 301، والطلبة 341، والتعريفات 146.

(6) الديات جمع دية وهي المال الواجب في إتلاف نفوس الآدميين. أما ما يجب في إتلاف ما دون النفس فهو الأرش. ن: لغة الفقهاء 212، وحلية الفقهاء 196، والطلبة 331، وغريب المدونة 118، والتعريفات 106، والأنيس 292.

(7) الناض من المال: النقود كالدرهم والدينار. القاموس الفقهي 354، وقال في المغرب 455، والناض عند أهل الحجاز: الدراهم والدنانير.

(8) المديان الذي عليه الكثير من الديون.

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: إن العبد مملوك الرقبة والمنفعة، فوجب أن لا يصح عقد الأمان منه إلا بإذن سيده له في القتال، وإذا أذن له في القتال، جاز أمانه، ومتى لم يأذن له في القتال لم يصح عقده، لأن منافعه مملوكة للسيد. فإذا قاتل بغير إذن سيده، فهو متعد على حقوق السيد، والمتعدي لا يجوز فعله [هـ 118].

والدليل على صحة ما قلناه: نحو الدليل المتقدم على أصحاب الشافعي من قوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»[1]، وقوله ﷺ: «يجير على المسلمين أدناهم»[2]، وهذا كلام عام في العبد وغيره من المسلمين الذين يعقلون الأمان، ويهتدون إليه.

ولأن كل من صح أمانه إذا أذن له في القتال، صح أمانه وإن لم يؤذن له فيه كالحر.

ولأن أمانه يجوز وإن لم يقاتل، ولأن الناس في هذه المسألة على ضربين: منهم من يصح أمانه، ومنهم من لا يصح أمانه، ثم وجد أمان من لا يصح أمانه مردودًا[3] سواء قاتل أو لم يقاتل.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن العبد مملوك الرقبة والمنفعة للسيد، فوجب ألا تصح عقوده، باطل، لأن من عقوده ما يصح ولا يفتقر فيه إلى إذن السيد، كالقرب المتطوع بها كلها، إذا لم يكن على السيد من ذلك ضرر، وإذا ثبت هذا فغير ممتنع أن يجري أمانه هذا المجرى.

ولأن إذن السيد في القتال، لا تعلق له بجواز الأمان، لأن الأمان ليس من حقوق القتال، ولا مما يتعلق بالقتال، ألا ترى أن أمان المرأة جائز وليست من أهل القتال.

* * *

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدم تخريجه.

(3) في الأصل: مردود.

مسألة [132]:

[في الغنائم هل تملك بالاستيلاء عليها أم بالقسم؟]

تقسم الغنائم[1] بدار[2] الحرب، ولا تملك باستيلاء المسلمين عليها، وإنما تملك بالقسم، ولهم مطالبة الإمام بالقسم بينهم، حتى يتميز لكل واحد منهم نصيبه[3]، **وبه قال الشافعي** إلا أنه قال: تملك بنفس الاستيلاء عليها ملكًا تامًا، وإن لم يقع القسم[4].

وقال أبو حنيفة: لا تقسم إلا ببلد الإسلام، فإن قسمت بدار الحرب، جاز ومضى ذلك ولم ينقض، وجرى ذلك مجرى الحاكم إذا حكم بما فيه اختلاف بين العلماء[5].

فأما أصحاب الشافعي فاحتجوا بأن الاستيلاء سبب الملك في مال الكافر

---

(1) الغنائم جمع غنيمة وهي ما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة. ن: التعريفات 162، وحلية الفقهاء 160، والطلبة 167، والمغرب 346.

(2) دار الحرب: هي أراضي الدولة الكافرة التي أعلنت الحرب على المسلمين. ن: لغة الفقهاء 205.

(3) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 51، والكافي 1 / 410، والمنتقى 3 / 176، والتمهيد 20 / 38 - 39، وعقد الجواهر 147، والقوانين الفقهية 130.

(4) ن: الأم 4 / 147 - 148، وفيها تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، والتنبيه 235، وقال في الوجيز 2 / 193: «ففي قول لا تملك الغنيمة إلا بالقسمة، وفي قول تملك بالاستيلاء ملكًا ضعيفًا يسقط بالإعراض، وفي قول هو موقوف إلى القسمة والإعراض». وقال في 1 / 291: «إذا ميز الإمام الخمس والسلب والرضخ والنفل، قسم الباقي على الغانمين بالسوية عقارًا كان أو منقولاً، ولا يؤخر القسمة إلى دار الإسلام».

(5) ن: مختصر الطحاوي 282، والقدوري 114،، وقال في المبسوط 10 / 32: «ولا تقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها إلى دار الإسلام ويحرزوها عندنا»، وانظر: رؤوس المسائل للزمخشري 367، وفيها أن قسم الغنائم مكروه عند أبي حنيفة». وطريقة الخلاف 246 - 262، والبدائع 7 / 121، ط 2، 74، وإيثار الإنصاف 230 - 231، وفيه: «عن أبي يوسف أنه قال: يجوز، وأحب إلي أن يقسمها في دار الإسلام». والغرة المنيفة 160 - 170.

شرعًا؛ وقد وجد بتمامه، فيحصل بحصول الملك، وصحة القسمة، قالوا: كما لو كانت الموقعة في دار الإسلام. قالوا: والمعنى المؤثر في إفادة هذا الملك، هو الاستيلاء عليه مع اعتقاد جواز تملكه بإحلال الشرع لذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: أنها لا تملك بنفس الاستيلاء، وإنما تملك بالقسم: تعذر القسم، وتطرق الشك إلى النفوس في أن يتم استيلاء المسلمين عليها أو لا يتم في فوره حال انهزام العدو. [لأنها][1] حال محاولة الإسلام معهم بالطعن والضرب.

وفي تلك الحال لا يتم ملك أحد من الغانمين، لتعذر القسم في تلك الحال. فنحن على استصحاب تلك الحال؛ إذ هي الأصل حتى يقع القسم.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أنه[2] يجوز للغانمين أخذ العلف، والطعام، وذبح الغنم والبقر للأكل قبل القسمة بغير رأي الإمام من غير ضرورة، ولا ضمان على أحد منهم في شيء من ذلك، ولو كانت تملكت بنفس الاستيلاء عليها ـ كما زعموا ـ لم يجز لهم شيء من ذلك، لأنه تصرف منهم في ملك الغير بغير إذنه، وذلك ممنوع شرعًا، وبهذا يبطل عليهم كل ما أصلوه واعتمدوه.

ولأن من أعرض من الغانمين عن[3] طلب ما يخصه من الغنيمة سقط حقه منها، ولو كانت مملوكة بالاستيلاء ـ على ما زعموا ـ، لم يتصور سقوط حقه منها بالإعراض عنه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به، معارض بما ذكرناه، ومرجح عليه بما شرحناه.

ولأن ما احتجوا به من ثبوت الملك باليد والاستيلاء على الغنيمة، غير مطرد، لأن اليد وإن ثبتت حسًا، فلا تثبت حكمًا في كل المواضع؛ وقد تثبت

---

(1) تكملة يحتمل أن السياق يقتضيها.
(2) في الأصل: أنهم.
(3) في الأصل: في.

حكمًا، ولا تثبت حسًا. ألا ترى إلى مسألة البيع، والهبة[1]، والغصب[2] والسرقة[3]، فإن اليد لا تثبت في جميعها حسًا وحكمًا في جميع الوجوه، على ما عرف من معاملة مسائل الفقه، فثبت بهذا أن بد[4] الاستيلاء لا يثبتها ملكًا قبل القسم.

وأما أصحاب أبي حنيفة، فاحتجوا بحديث يروونه أن النبي ﷺ قسم غنائم بدر بالمدينة[5].

قالوا: ولأن يد المسلمين ثابتة على هذه الغنائم من وجه دون وجه، ولا يتم الاستيلاء الذي يوجب الملك إلا بثبوت اليد من كل وجه.

قالوا: ولأن هذه الغنائم باقية في دار الحرب. ودار الحرب باقية في أيدي الكفار، وهي مكان المال المغنوم، وثبوت يد[6] الكفار على مكان المال متعذر[7]، لأن ذلك المال لا يقسم في أرض الحرب، وإنما يقسم في بلاد الإسلام.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن

---

(1) الهبة: تمليك العين بلا عوض. ن: التعريفات 256، والطلبة 221، والأنيس 255، ولغة الفقهاء 492، والقاموس الفقهي 390.

(2) الغصب: أخذ المال غير منفعة ظلمًا قهرًا، لا لخوف قتال. ن: شرح الحدود 350، وحلية الفقهاء 145، والطلبة 198، والمغرب 340، وتهذيب الأسماء واللغات 3، والتعريفات 162، والأنيس 269، ولغة الفقهاء 322، والقاموس الفقهي 275.

(3) السرقة: أخذ مكلف، حرًا لا يعقل لصغره، أو مالاً محترمًا لغيره، نصابًا، أخرجه من حرزه بقصد واحد، خفية، لا شبهة له فيه. ن: شرح الحدود 503 - 504، والطلبة 158، والمغرب 223، والتعريفات 118، ولغة الفقهاء 243، والقاموس الفقهي 171.

(4) هكذا في الأصل، ويحتمل أنها زائدة، ويحتمل أن صوابها: اليد والاستيلاء، والله أعلم.

(5) أخرجه من رواية ابن عباس رضي الله عنه أبو يوسف القاضي في كتاب الرد على سير الأوزاعي 8 - 9.

(6) في الأصل: شعد، والكلام ابتداء من قوله: وثبوت إلى نهاية الفقرة لا يخلو من غموض واضطراب.

(7) أي غير ممكن.

﴿شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: 41]. فدل هذا النص على أن أربعة أخماس الغنيمة للجيش، فإذا كان أربعة أخماسها لهم، كان لهم مطالبة الإمام بالقسمة ببلد الحرب، ليتميز لكل واحد منهم نصيبه منها، كما يكون لهم ذلك في بلد المسلمين.

ولأنه ﷺ قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء[1]، وهو قريب من بدر، وكانت بدر والصفراء جميعًا دار شرك.

وقد روى الأوزاعي[2] أن النبي ﷺ ما قسم غنيمة قط إلا بدار الحرب[3] مثل غنائم بني المصطلق[4]، وهوازن[5]، وخيبر[6].

---

(1) في الأم 4 / 48: «أنه ﷺ قسم أموال بدر بسير (جبل) على أميال من بدر، ومن حول سير، وأهله مشركون».

(2) هو أبو عمرو عبد الرحمٰن بن عمرو الأوزاعي الشامي الإمام العلم، روى عن عطاء وابن سيرين ومكحول وقتادة ونافع وخلق. وعنه يحيى بن أبي كثير من شيوخه، وبقية، وهقل بن زياد ويحيى بن حمزة وأمم. كان ثقة مأمونًا فاضلاً خيرًا كثير الحديث والعلم والفقه. خرج له الستة. توفي رحمه الله سنة 157هـ. ن: الخلاصة 232، وطبقات الشيرازي 76، وطبقات الحفاظ 85.

(3) انظر الرد على سير الأوزاعي 5، ونص قوله فيه: «ولم يقفل رسول الله ﷺ من غزوة أصاب فيها مغنمًا إلا خمسه وقسمه قبل أن يقفل. من ذلك غزوة بني المصطلق، وهوازن، ويوم حنين، وخيبر. . .». وانظر أيضًا: المنتقى 3 / 176.

(4) بنو المصطلق قوم من خزاعة، وهم: بنو جذيمة بن كعب، وجذيمة هو المصطلق، غزاهم رسول الله ﷺ في شعبان سنة 6هـ، وهم بقيادة الحارث بن أبي ضرار، والد جويرية زوج الرسول ﷺ. ن: سيرة ابن هشام 3 / 182.

(5) هوازن منطقة بالجزيرة العربية من القبائل التي كانت بها: ثقيف، ونصر، وجشم، وسعد بن بكر، وبنو هلال، وقيس بن غيلان، وكعب وكلاب، دارت بينها وبين رسول الله ﷺ غزوة عرفت بغزوة حنين، وغزوة أوطاس، وذلك في سنة 8هـ بعد الفتح، وكان قائدها فيها مالك ابن عوف الذي هزم هو ومن معه وكتب الله النصر للإسلام والمسلمين. ن: سيرة ابن هشام 4 / 60 - 90.

(6) خيبر بلدة على نحو أربعة مراحل من المدينة المنورة إلى جهة الشام، ذات نخيل ومزارع فتحها رسول الله ﷺ في أوائل سبع من الهجرة. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 103.

ولأن أبا حنيفة أجاز قسم الثياب بدار الحرب، فلنا أن نقيس عليها غيرها بالعلة الجامعة، فنقول: إنها غنيمة يجوز قسمة الثياب منها في دار الحرب، فجاز قسمة غير الثياب. دليله: الثياب، وإلا فما الفرق بين الثياب وغيرها؟

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به أن النبي عليه السلام قسم غنائم بدر بالمدينة. غير صحيح، ولم يثبت من طريق صحيح.

وقولهم: إن اليد تثبت في هذه الغنائم من وجه دون وجه. فنقول: هو كما ذكرتم [هـ 119] إلا أن للجيش مطالبة الإمام بالقسم، وتمييز الحقوق في دار الحرب، لأنهم متى منعوا من ذلك إذا طلبوه في دار الحرب، فقد منعوا من حق قد وجب لهم، وذلك ما لا ينبغي أن يفعله.

وقولهم: إن هذه الغنائم باقية في دار الحرب، ودار الحرب في يد الكفار، وهي مكان المال المغنوم، إلى آخر ما ذكروه، فهو كما ذكروا: أن الدار دار حرب، لأنهم المتصونون بحمايتها، والذب عنها. وحوز المسلمين الغنائم واستيلاؤهم عليها بالغلبة والقهر، شيء غير الدار. لأن الغنائم تنقل وتحول، والدار لا تنقل ولا تحول. فبان الفرق بين الدار وبين ما غنم وأزيل عن الدار. والله أعلم.

* * *

مسألة [133]:

[في الغنيمة كم يعطى منها للفارس وللراجل]

للفارس ثلاثة أسهم: سهم له، وسهمان لفرسه. وللرجل الذي لا فرس له سهم واحد[1].

وبه قال عمر وعلي رضوان الله عليهما، ولا مخالف لهما في ذلك من الصحابة[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: للفارس سهمان: سهم له، وسهم لفرسه[4]؛ وقد روي عنه أنه قال: أكره أن أفضل البهيمة على مسلم، وأعطي للبهيمة سهمين، وللمسلم سهمًا[5].

واحتج أصحابه بحديث المقداد[6] بن الأسود أن رسول الله ﷺ أعطاه

---

(1) ن: التفريع 1 / 360، ورؤوس المسائل لابن القصار 52، وفيها أنه قد قال به من الصحابة عمر وعلي، ومن التابعين عمر بن عبد العزيز، والحسن وابن سيرين، ومن الأئمة الأوزاعي، والليث وسفيان، وأبو ثور، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، والشافعي. بل قيل إنه لم يخالف في هذه المسألة إلا أبو حنيفة وحده. وانظر: التلقين 73، والإشراف 2 / 267، والمنتقى 3 / 196، والكافي 1 / 410، والقوانين 131.

(2) ن: الأم 4 / 152، والتنبيه 235، ورحمة الأمة بهامش الميزان 2 / 176، وهو قول أبي يوسف.

(3) ن: الرد على سير الأوزاعي 17، وقال في المبسوط 4 / 41: «وإذا قسم الغنيمة ضرب للفارس بسهمين وللراجل بسهم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهو قول أهل العراق، وفي قولهما والشافعي رحمهم الله تعالى يضرب للفارس بثلاثة أسهم، وهو قول أهل الشام وأهل الحجاز». وانظر: البدائع 7 / 126.

(4) قال في الرد على سير الأوزاعي: «قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يضرب للفارس بسهمين: سهم له وسهم لفرسه، ويضرب لكل راجل بسهم».

(5) ن: الرد على سير الأوزاعي 21.

(6) هو أبو الأسود المقداد بن الأسود، نسب إلى الأسود بن عبد يغوث الزهري، لأنه كان تبناه وحالفه في الجاهلية، فقيل المقداد بن الأسود، وغلبت عليه، واشتهر بذلك. وهو المقداد ابن عمرو بن ثعلبة البهراوي، ولما نزل قول الله عز وجل: «ادعوهم لآبائهم»، قيل: =

يوم بدر سهمين: سهمًا له وسهمًا لفرسه[1]، وبما رواه عبد الله[2] بن شريك الأنصاري عن عمه مَجُمِّع[3] بن حارثة[4] الأنصاري أن النبي ﷺ أعطى عام الحديبية للفارس سهمين، وأعطى للراجل سهمًا واحدًا[5][6].

ولأنه حيوان يستحق به راكبه السهم من الغنيمة، فوجب ألا يزاد على سهم واحد اعتبارًا بالراجل.

قالوا: ولأن الفارس إنما زيد في سهمه لزيادة مؤونته على مؤونة الراجل، ثم وجدنا مؤونة الراجل أكثر من مؤونة الفرس، لأنه يحتاج مع الأكل والشرب إلى السلاح وإلى[7] مؤن كثيرة من مؤن الحرب. وإذا كان الراجل مع كثرة مؤونته، لا يزاد على سهم واحد، كان الفرس الذي هو دونه في المؤونة أولى ألا يزاد.

= المقداد بن عمرو، أسلم قديمًا وهاجر الهجرتين، وشهد بدرًا، والمشاهد كلها بعدها، مات سنة 33هـ، في خلافة عثمان رضي الله عنه.

ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 10 / 228 - 262، والإصابة 9 / 273 - 274، والرياض 251 - 252.

(1) أخرجه الطبراني في معجمه من طريق محمد بن عمر الواقدي، بلفظ هذا نصه بكامله: «عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة، فأسهم له النبي سهمين: لفرسه سهم، وله سهم». ن: نصب الراية 3 / 417.

(2) لم أقف عليه.

(3) هو مَجُمّع بن جارية بن يزيد بن جارية الأوسي الصحابي أحد من جمع القرآن إلا يسيرًا عن النبي ﷺ، روى عنه أبو الطفيل عامر بن واثلة، خرج له أبو داود والترمذي وابن ماجه. ن: الخلاصة 369.

(4) هكذا في الأصل، وهو خطأ والصواب: جارية كما في أبي داود وغيره.

(5) في الأصل: واحد.

(6) جزء من حديث طويل أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد باب من أسهم له سهمًا، ثم قال في آخره: وأرى الوهم في حديث مجمع».

(7) كلمة غير واضحة الدلالة صورتها هكذا في الأصل، «واله»، ولعل صوابها مع الكلمة بعدها هو: وإلى مؤن، كما أثبتناه في محله. والله أعلم.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع[1] عن ابن عمر[2] أن النبي ﷺ أسهم للخيل: للفرس سهمان، وسهم لفارسه[3].

وروى أبو معاوية[4] قال: حدثنا عبد الله[5] عن نافع[6] عن ابن عمر[7] أن النبي ﷺ أسهم لرجل ولفرسه ثلاثة أسهم بينهما: [سهم] له وسهمان لفرسه[8].

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير. باب سهام الفرس، وأخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين، وأخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب سهمان الخيل، والترمذي في أبواب السير، باب في سهم الخيل، وقال: حديث حسن صحيح.

(4) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والمغازي باب سهام الفرس، وأخرجه مسلم في كتاب الجهاد، وأبو داود في المغازي باب سهمان الخيل، والترمذي في أبواب السير باب في سهم الخيل، وابن ماجة في كتاب الجهاد، باب قسمة الغنائم، كلهم بألفاظ متقاربة، ولفظه عند البخاري في الجهاد هكذا «وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ جعل للفرس سهمين، ولصاحبه سهمًا».

(5) في الأصل: هكذا، ولعل الصواب: عبيد الله كما ورد في كتب الحديث، وهو: أبو عثمان عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب المدني، أحد الفقهاء والعلماء والأثبات، خرج له الستة، روى عن أبيه وخاله خبيب بن عبد الرحمٰن، والقاسم، وسالم، ونافع، وعطاء، والزهري، وخلق. وعنه شعبة والسفيانان وخلق كثير. ثقة ثبت. ن: الخلاصة 252.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) أخرجه ابن ماجة في كتاب الجهاد، باب قسمة الغنائم، بلفظ قريب هذا نصه: «ثنا أبو معاوية عن عبيد الله بن عمر، عن نافع عن ابن عمر، أن النبي ﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم: للفرس سهمان، وللرجل سهم»، وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن عمر رضي الله عنه، بلفظ هذا نصه: «عن عمر أن النبي ﷺ أسهم له يوم خيبر ثلاثة أسهم: سهمًا له وسهمين لفرسه»، ثم ذكر أنه تفرد به على هذا الوجه أبو معاوية. ن: نصب الراية 3 / 416.

ولأن الفارس إنما زيد في سهمه على الراجل، لكثرة المؤونة، لأن مؤونة الفرس أكثر من مؤونة فارسه، فوجب أن يزاد لاحتياجه إلى العلف، والخدمة، والسياسة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث المقداد[1]، وحديث عبد الله[2] ابن شريك. غير لازم، لأنه معارض بما رويناه، ومرجح عليه بما قدمناه. لأن ما رويناه من الأحاديث أزيد، والزيادة مقبولة، فكان ما قلناه أولى.

ولأن أحاديثنا التي[3] احتججنا بها متأخرة، وأحاديثهم التي احتجوا متقدمة، والمتأخر ينسخ المتقدم.

وأما قولهم: ولأنه حيوان يستحق به راكبه السهم من الغنيمة، فوجب ألا يزاد على سهم واحد اعتبارًا بالراجل، فالجواب عنه: أن هذا الوصف الذي قالوه، لا يوجد في الراجل [الذي][4] هو بنفسه يستحق السهم، لأنه على حالة توجب له الاستحقاق. لأنا وإن قلنا إن للفرس سهمين. فالمستحق على الحقيقة غيره، وهو صاحبه الذي هو راكبه. لأن الفرس للفارس كالآلة في وجوب الاستحقاق. وهذا بعينه هو الجواب عن قوله: أكره أن أفضل بهيمة على مسلم، لأن هذا القول تشبيهة ضعيفة جدًا، وإنما السَّهْمان كلها في الحقيقة للفارس.

وأما قولهم: ولأنا وجدنا الفارس إنما زيد في سهمه لزيادة مؤنه على مؤونة الراجل إلى آخر ما ذكروه. فالجواب عنه: أن الفرس أيضًا يحتاج إلى العلف والمؤونة، ويحتاج مع ذلك إلى من يسوسه ويخدمه ويقف عليهِ. وهذه مؤن كثيرة أكثر من مؤن الراجل، ومن قال غير هذا، فقد كابر في دفع الحقائق، وينبغي ألا يعبأ بمكالمته.

* * *

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) لم أقف عليه.

(3) في الأصل: الذي.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

مسألة [134]:

[في النَّفل مم يكون؟ ومتى؟ وهل السلب منه؟]

لا نفل[1] إلا من الخمس على الاجتهاد من الإمام، ولا يكون ذلك قبل الغنيمة، والسِّلَب من النَّفل[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: السِّلَب للقاتل، ويستحقه بنفس القتل، اعتبارًا في ذلك برأي الإمام، وهذا إذا قتله عنده مقبلاً غير مدبر والحرب قائمة[4].

---

(1) النَّفل: هو العطية من الغنيمة غير السهم المستحق بالقسمة. ن: القاموس الفقهي 358، وحلية الفقهاء 160، والمغرب 462، وقال في التعريفات 240: «النفل لغة اسم للزيادة، ولهذا سميت الغنيمة نفلاً، لأنه زيادة على ما هو المقصود من شرعية الجهاد، وهو إعلاء كلمة الله، وقهر أعدائه، وفي الشرع: اسم لما شرع زيادة على الفرائض والواجبات وهو المسمى بالمندوب والمستحب والتطوع».

(2) ن: التفريع 1 / 358، ورؤوس المسائل لابن القصار 51 - 55، والتلقين 72، والإشراف 2 / 266، والكافي 1 / 409، والتمهيد 14 / 51 - 69، و23 / 242 - 245 - 258، والبداية 1 / 680 - 687، وفيها أنه قد قال بمثل قول مالك في أن السلب من النفل: أبو حنيفة والثوري، وانظر القوانين الفقهية 129، 131 - 132، والقبس 2 / 601.

(3) قال في المبسوط 10 / 47: «لا يستحق السلب بالقتل عندنا من غير تنفيل الإمام، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: «إذا قتله مقبلاً بين الصفين على وجه المبارزة استحق سلبه»، وقال في البدائع 7 / 15، ط 2، 74: «هذا إذا نفل الإمام فإذا لم ينفل شيئًا، فقتل رجل من الغزاة قتيلاً لم يختص بسلبه عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: «إن قتله مدبرًا منهزمًا لم يختص بسلبه وإن قتله مقبلاً مقاتلاً يختص بسلبه». وانظر: الرد على سير الأوزاعي 46 - 47.

(4) قال في الأم 3 / 149: «والذي لا أشك فيه أن يعطى السلب، من قتل، والمشرك مقبل يقاتل، من أي جهة قتله مبارزًا أو غير مبارز... ولم يحفظ عن النبي ﷺ أنه أعطى أحدًا قتل موليًا سلب من قتله...»، وقال في الوجيز 1 / 290: «أما السلب فهو ما يوجد مع القتيل من ثيابه وسلاحه وزينته، يستحقه قاتله، بشرط أن يكون القتيل مقبلاً، والقاتل راكبًا للغزو». وانظر رحمه الأمة بهامش الميزان 2 / 165.

وبمثل قول الشافعي قال أحمد وأبو ثور، وجماعة من السلف إلا أنهم لم يشترطوا أن=

واحتج أصحابه بحديث أنس[1] أن النبي ﷺ قال يوم حنين[2]: «من قتل كافرًا فله سلبه[3]»[4]. قال أنس[5]: فقتل أبو طلحة[6] يومئذ عشرين رجلاً، وأخذ أسلابهم.

قالوا: وروى عوف[7] بن مالك أن النبي ﷺ [قال][8]: «من قتل قتيلاً له عليه بينة، فله سلبه»[9].

= يكون القتيل المشرك حين قتله مقبلاً غير مدبر. ن: البداية 1 / 680، والمحرر في الفقه 2 / 179 وفيه: «دفع السلب إلى مستحقه، وهو كل من غرر بنفسه في حال الحرب، بقتل كافر ممتنع مقبل على القتال، فإنه يستحق سلبه غير مخموس، إلا أن يكون القاتل من أهل الرضخ، أو المقتول صبيًا أو امرأة قد قاتلا ففيه وجهان».

(1) تقدمت ترجمته.

(2) حنين واد بين مكة والطائف وراء عرفات بينه وبين مكة بضعة عشر ميلاً، والمراد بيوم حنين المعركة التي دارت في حنين بعد فتح مكة. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 86.

(3) السلب: ما ينزع من المقتول. ن: القاموس الفقهي 179.

(4) أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد، باب في السلب يعطى للقاتل.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) هو أبو طلحة زيد بن سهيل بن الأسود بن حرام النجاري المدني، شهد بدرًا والمشاهد كلها، وكان من نقباء الأنصار، خرج له الستة، روى عنه ابنه عبد الله، وأنس وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وطائفة. قتل يوم حنين 20 رجلاً وأبلى يوم أحد بلاء حسنًا. مات سنة 34هـ رضي الله عنه ورحمه. وقيل: عاش بعد النبي عليه السلام 40 سنة، ن: الخلاصة 128، والرياض 86.

(7) هو عوف بن مالك الأشجعي الغطفاني، كانت معه راية أشجع يوم الفتح. خرج له الستة. روى عنه جبير بن نفير وكثير بن مرة، شهد خيبر، مات سنة 73هـ. ن: الخلاصة 298.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) لم أقف عليه بهذا اللفظ من حديث مالك بن عوف وإنما من حديث أبي قتادة، وقد أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب ما لم يخمس الأسلاب... ومسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل، وأبو داود في كتاب الجهاد، باب في السلب يعطى للقاتل، والترمذي في أبواب السير باب ما جاء في من قتل قتيلاً فله سلبه، وابن ماجة في كتاب الجهاد باب المبارزة والسلب مختصرًا هذا نصه: «عن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نفله سلب قتيل قتله يوم حنين». ويوجد حديث مالك بن عوف في مسلم في كتاب الجهاد=

قالوا: ولأنه مال يتعلق بسبب لا يفتقر إلى اجتهاد إمام، فوجب ألا يفتقر في استحقاقه إلى شرط، اعتبارًا بسهم الفارس، وذلك أن الفارس يستحق سهمين[1] أبدًا على سهم الراجل، وسبب[2] هذا الاستحقاق هو إيجافه[3] للفرس، وقتاله عليه. وهذا أمر لا يحتاج فيه إلى اجتهاد إمام، فلذلك لم يكن استحقاقه موقوفًا[4] على إذن إمام، فكذلك يجب أن يكون في هذا الموضع القتل سببًا لاستحقاق السلب من غير افتقار إلى اجتهاد إمام.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: 41] فأضاف جل وعز الغنيمة إليهم، واستثنى منها خمس الرسول عليه السلام، فوجب أن يكون ما عداه ملكًا للغانمين، سلبًا كان أو غيره. يبينه قوله ﷺ: «ما لي مما أفاء الله غير الخمس، والخمس مردود عليكم»[5]. فلما كانت الأربعة أخماس لهم، لم يجز نقلها

= والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل، وفي أبي داود في كتاب الجهاد في باب في الإمام يمنع القاتل السلب. . في لفظ طويل فيه قصة اليمني التي سيوردها المؤلف رحمه الله قريبًا، وليس فيه نص ما أورده في المتن، وإنما قول عوف بن مالك لخالد بن الوليد في أثنائه: «يا خالد أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى ولكني استكثرته. . .».

وقد قال الترمذي بعد روايته لحديث أبي قتادة السابق: «وفي الحديث قصة»، ثم قال بعد أن ذكر أنه مروي عن يحيى بن سعيد بنحوه، قال: «وفي الباب عن عوف بن مالك، وخالد بن الوليد، وأنس وسمرة».

(1) في الأصل: سهمان.

(2) في الأصل: وبسبب.

(3) الإيجاف: الإسراع في السير، ويكون ذلك على الأفراس أي الخيل. ن: حلية الفقهاء 161، والمغرب 477.

(4) في الأصل: موقوف.

(5) أخرجه النسائي في كتاب قسم الفيء من حديث عبادة بن الصامت وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ولفظ حديث عمرو: «أن رسول الله ﷺ أتى بعيرًا فأخذ من سنامه وبرة بين أصبعيه ثم قال: «إنه ليس لي من الفيء شيء، ولا هذه، إلا الخمس، والخمس مردود فيكم».

ن: سنن النسائي 7 / 131 - 132، وقال ابن عبد الهادي في المحرر 2 / 464: «رواه أحمد من رواية أبي بكر بن أبي مريم، وفيه ضعف، وروى النسائي، وابن حبان نحوه».

عنهم إلى غيرهم إلا بدليل. فلو جاز نقل شيء من الأربعة الأخماس [هـ 120] إلى غيرهم، لجاز نقل الخمس إلى غير من جعل له، ولجاز نقل الصدقة من الذين جعلت لهم إلى غيرهم. ولا خفاء ببطلان هذا وفساده.

فإن قال المخالف إن السَّلَب مستثنى من قوله عز وجل: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: 41]، فأعطى النبي عليه السلام السلب للقاتل، قيل له: هذا غير مسلم، لأنا نحن نقول: إنما أعطى النبي عليه السلام ذلك من الخمس، وليس لك أن تقول: إن السلب مستثنى من جملة الغنيمة، إلا ولنا أن نقول: هو من الخمس، ويدل على صحة ما ذهبنا إليه أن النبي ﷺ لم يقل: من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين؛ وقد غزا النبي ﷺ قبل غزوة حنين غزوات كثيرة، فلم ينقل عنه في شيء منها أنه قال: من قتل قتيلاً فله سلبه، فلو كان السلب مستثنى من جملة الغنيمة، لما أخر النبي عليه السلام بيان ذلك إلى يوم حنين؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة بإجماع.

ولا خلاف أن السلب يقسم إذا لم يعرف القاتل، ولا يوقف ولا يعرف به. فلو كان القاتل قد استحقه بالقتل، على ما يقوله الشافعي، لكان حكمه حكم اللُّقَطَة[1] في وجوب الإيقاف[2] والتعريف، حتى يعرف قاتله.

ولأن الشافعي المخالف في هذه المسألة يقول: إنما يستحق القاتل السلب إذا قتل المقتول وهو مقبل غير مدبر، فإن قتله مدبرًا فلا شيء له، فإذا جاز له أن يختص[3] عموم قوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[4] بحال دون حال. جاز لنا أن نجعل قوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[5] في مال دون مال على وجه دون وجه.

---

(1) اللُّقَطة: هو مال يوجد على الأرض ولا يعرف له مالك، وهي على وزن الضُّحَكَة مبالغة في الفاعل. ن: التعريفات 193، وحلية الفقهاء 153، والطلبة 192، والأنيس 188، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 128 - 129، والقاموس الفقهي 332.

(2) في الأصل: الإنفاق.

(3) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: يَخُصّ.

(4) تقدم تخريجه.

(5) تقدم تخريجه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث أنس[1] فهو حديث ورد في وقت مخصوص، ويوم مخصوص، وهو يوم حنين، وما كانت هذه سبيله فهو مقصور على سببه وحالته التي خرج الكلام عليها، لأن الإمام يؤديه اجتهاده إلى ذلك في حال دون حال. فلا يجوز أن يحمل ذلك على التأبيد، لأنه ليس بشرع مبتدأ فيكون على الإطلاق، وليس هذا كقوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه، ومن باع نخلاً قد أُبرت فثمنها للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»[2] هذا وأمثاله لم يخرج على سبب مخصوص، فيكون مقصورًا على سببه.

وقوله ﷺ: «من قتل كافرًا، فله سلبه»[3] كقوله عليه السلام يوم فتح مكة: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن»[4]، فيكون الخطاب مقصورًا على الحال التي نص عليها الرسول.

وأما حديث [عوف][5] بن مالك[6]، فهو في قصة اليمني الذي رافقه في غزوة[7] مؤتة. فإن اليمني [لما][8] قتل فارسًا من الروم، فأخذ سلبه، فإن

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) أخرجه البخاري في الجهاد، باب لا يعذب بعذاب الله عن ابن عباس، وأبو داود في الحدود، باب الحكم فيمن ارتد، والترمذي في الحدود، باب ما جاء في المرتد، والنسائي في تحريم الدم، باب الحكم في المرتد، وابن ماجة في الحدود، باب المرتد عن دينه، وأحمد في 1 / 282 - 283، مسند ابن عباس، والبيهقي في الوتر، باب قتل من ارتد عن الإسلام إذا ثبت عليه رجلاً كان أو امرأة، والدارقطني في الحدود والديات، وأخرجه البخاري أيضًا في كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) تقدم تخريجه.

(4) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب فتح مكة، عن أبي هريرة رضي الله عنه مطولاً.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) هي غزوة وقعت مع الروم بالشام، بعد السنة التاسعة من الهجرة، قتل فيها ثلاثة من أكابر قادة الجيش الإسلامي هم: جعفر بن أبي طالب، وزيد بن حارثة، وعبد الله بن رواحة رضي الله عنهم ورحمهم أجمعين. ن: سيرة ابن هشام 4 / 198.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

خالد[1] بن الوليد أخذه منه، فأخبر[2] النبي عليه السلام بذلك، فأمر النبي عليه السلام خالدًا[3] أن يرد على اليمني[4] سلب قتيله، ثم إن[5] النبي عليه السلام غضب من شيء سمعه أو أخبر به، فقال النبي ﷺ: «يا خالد لا ترد عليه شيئًا[6]»[7]. فهو دليل لنا، لأن السلب لو كان ملكًا للقاتل، لا يجوز نقله عنه ـ كما يقول المخالف ـ لم يقل النبي عليه السلام، يا خالد، لا ترد عليه شيئًا، وكيف يأمره عليه السلام ألا يدفع إليه حقًا وجب له؟ فصح بهذا[8] أن السلب من جملة الغنيمة، [لا][9] يملكه القاتل إلا أن يرى الإمام لذلك وجهًا.

وأما حديث أبي قتادة[10] فهو أيضًا شاهد لنا، لأن النبي عليه

---

(1) هو أبو سليمان خالد بن الوليد بن المغيرة القرشي المخزومي، سيف الله تعالى، أسلم سنة 8هـ، شهد غزوة مؤتة، وكان الفتح على يديه. خرج له الستة، روى عنه ابن عباس، وقيس ابن أبي حازم وجماعة. قال ابن سعد: مات رضي الله عنه ورحمه سنة 21هـ. ن: الخلاصة 103، والرياض 62 - 64.

(2) في الأصل: فإن عوفًا أخبر.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) لم أقف عليه.

(5) هكذا في الأصل: والظاهر أنه الصواب، ويحتمل احتمالاً مرجوحًا أن يكون الصواب: وأن.

(6) في الأصل: شيء وهو خطأ.

(7) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير باب استحقاق القاتل سلب القتيل، وأبو داود في كتاب الجهاد باب في الإمام يمنع القاتل السلب.

(8) في الأصل: هذا، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(9) تكملة لازمة.

(10) هو أبو قتادة الحارث بن ربعي بن بلد الأنصاري السلمي، شهد أحدًا وما بعدها. أخرج له الستة. روى عنه ابنه عبد الله، وابن المسيب، ومولاه نافع، وخلق. مات سنة 54هـ، على الأصح.

ن: الخلاصة 457 - 458، والرياض 274 - 275.

وحديث أبي قتادة الذي يرد عليه المؤلف رحمه الله هنا، لم يتقدم له ذكر، كما لم يتقدم لأبي قتادة نفسه ذكر أيضًا، ولعل كل ذلك قد سقط من الناسخ. =

السلام أعطاه بشاهد واحد، ولم يستحقه، ولو كان من جملة الغنيمة، لا من الغنيمة على ما نقوله نحن، لما جاز له عليه السلام أن يخرجه عن يد[1] مستحقه إلا بحجة يثبت[2] معها نقل الأملاك، من البينات التي بينها الله عز وجل ورسوله ﷺ في الشاهدين أو الشاهد والمرأتين، أو الشاهد واليمين. ولم يكن شيء من هذه الوجوه مع أبي قتادة. فلما أعطاه النبي ﷺ السلب دل ذلك على أنه من الخمس الذي يجتهد فيه الإمام.

وأما قولهم: إنه مال يتعلق بسبب لا يفتقر إلى اجتهاد إمام، إلى آخر ما ذكروه، غير مسلم لهم، لأن القتل عندنا ليس بسبب لاستحقاق السلب ولو سلمنا ذلك، لم يكن بيننا وبينهم خلاف.

واستشهادهم بمسألة الفارس. غير لازم لنا أيضًا، لأنه إنما زيد وأعطي[3] أكثر من الراجل، لأنه يحتاج في مؤونة الفرس أكثر مما يحتاج إليه الراجل. وهذه التعلقات كلها ضعيفة.

* * *

= وقد سبق تخريج حديثه في أول المسألة منسوبًا خطأ ـ فيما يترجح لدي ـ إلى عوف بن مالك الأشجعي، ولا يبعد عندي أن خلطًا وقع للناسخ فأضاف حديث أبي قتادة: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» إلى عوف بن مالك، ولم يتنبه إلى حديث عوف فوقع منه. والله أعلم.

(1) في الأصل: يوم.

(2) في الأصل: تبتت.

(3) في الأصل: وأعطى.

مسألة [135]:

[في الكافر الحربي إذا أسلم وفي يده شيء من أموال المسلمين. فما حكم تلك الأموال؟]

إذا أسلم الكافر الحربي[1]، وبيده شيء من أموال المسلمين، فهو له، لأن له شبهة ملك فيما ملكه من أموال المسلمين، وأسلم عليه[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: لا يستقر ملكه على شيء من ذلك، ويأخذه منه ربه إن شاء بغير شيء[4].

وإن غنم المسلمون منهم مال مسلم، فربه أحق به بغير شيء ما لم يقسم، بغير خلاف، فإن قسم فلربه أخذه من الذي صار إليه بالثمن الذي وقع به له في المقاسم إن شاء أخذه[5]. **وبه قال أبو حنيفة**[6].

---

(1) الحربي عند المالكية: من دخل بلادنا محاربًا. ن: القاموس الفقهي 84.

(2) قال في رؤوس المسائل لابن القصار 52: «ونحن وأبو حنيفة نقول: إن المشرك إذا أسلم ومال المسلم في يده، فهو له ولا سبيل إلى صاحبه إليه، وقال الشافعي: صاحبه أولى به بغير ثمن. . .».

وانظر: التلقين 72، والإشراف 2 / 264، والكافي 1 / 408.

(3) قال في المبسوط 10 / 62: «وإذا أسلم أهل الحرب على مال أخذوه من أموال المسلمين وصاروا ذمة، فهو لهم، ولا سبيل للمسلمين عليه. . . وبه كان يقول الزهري، والحسن البصري. .».

(4) قال في الأم 4 / 283: «ومن أخذ من المشركين، من أحد من المسلمين، حرًا أو عبدًا، أو أم ولد، أو مالاً، ثم أسلم عليه، فليس له منه شيء».

(5) قال في التلقين 72: «فإن عاد شيء من ذلك (أي ما حصل في أيدي العدو من أموال المسلمين فأسلموا عليه) إلى الغنيمة فهو لمن كان يملكه من المسلمين يأخذه قبل القسم بغير ثمن، وهو أحق به بعده بالثمن». وانظر: الإشراف 2 / 264 - 265، والمنتقى 3 / 185، ورؤوس المسائل لابن القصار 51 - 52، وفيها: «وبه قال النخعي وسفيان، وأبو حنيفة، وأصحابه والأوزاعي».

(6) قال في رؤوس المسائل لابن القصار 51 - 52: «وما أحرزه المشركون من أموال =

وقال الشافعي: يأخذه بعد القسمة بغير شيء، ويرجع الذي أخذه منه بقيمته إلى بيت المال[1].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿ وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَـٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَـُٔوهَا ﴾ [الأحزاب: 27]، قالوا: وهذه منة من الله [هـ 121]. . .

. . . .

. . . .[2] والسُّكْر الذي يحدث فيها، ولما كان قليلها محرمًا بإجماع[3]. وجب أن يكون سائر ما أسكر من الأشربة كذلك لوجود الشدة المطربة فيها، فوجب أن يكون شرب قليلها محرمًا كقليل الخمر.

ولأن أبا حنيفة الذي خالف في هذه[4] المسألة لا يجوز بيع السَّكر[5]، فلو جاز شربه لجاز بيعه، لأن ما كان شرابه حلالاً، فبيعه حلال[6]، فإذا لم يجز شربه لم يجز بيعه.

= المسلمين، ثم غنمه المسلمون، فإن وجده صاحبه قبل القسم فهو أولى به بغير ثمن، وإن وجده بعده فهو أولى به بقيمته، وبه قال النخعي، وسفيان، وأبو حنيفة، وأصحابه، والأوزاعي. . ».

(1) ن: الأم 4 / 283. وقال في رؤوس المسائل لابن القصار 52: «وحكي أنه قول أبي بكر، وعلي، وعبادة بن الصامت، ومن التابعين: عطاء، وربيعة».

(2) هنا بتر ضاع بسببه بقية مسائل الجهاد، ومسائل الأشربة، ولا يبعد أن يكون قد ضاع بسببه أيضًا عدة كتب يحتمل أن يكون من بينها كتاب الأيمان، والنذور، وكتاب الأضاحي والذبائح، وكتاب الأطعمة وكتاب الصيد. وهذا البتر قد وقع نتيجة سقوط أوراق من المخطوط أثناء تداوله بين القراء، أو نقله من مكان لآخر. والله أعلم.

(3) المراد قليل الخمر.

(4) الظاهر أن عنوان هذه المسألة هو: قليل النبيذ الذي لا يسكر هل يحرم شربه أم لا؟ والله أعلم.

(5) السَّكَر: نبيذ التمر، وقالت الحنفية هو عصير الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد، أو هو عصير الرطب إذا اشتد، وفي قول للشعبي هو نقيع الزبيب قبل أن يشتد. ن: القاموس الفقهي 176 - 177، والطلبة 321.

(6) في الأصل: حلالا وهو خطأ.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من كلام ابن[1] عباس[2]، فلا كبير حجة لهم فيه. لأن ابن عباس[3] إنما أخبر عن الجنس الذي يسكر، وهو أشبه بتأويل كتاب الله، مع ما صح وثبت عن رسول الله ﷺ في ذلك[4].

وقول من قال منهم: إن النبيذ[5] لا يشبه الخمر لكثرة رغبات الناس في الخمر إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل، فهو خروج عن العقول، ودفع للحقائق؛ وقد علم الناس أن الغرض المطلوب من الخمر موجود مثله في النبيذ، وأن شرب قليل النبيذ يدعو إلى كثيره كالخمر، وفيه من إفساد العقل، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة مثل ما في الخمر سواء. وهذا الظاهر لمن أيده الله باليقين، وأعطاه بصيرة في الدين. والله أعلم.

* * *

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) ولعل المراد بكلام ابن عباس هنا هو ما رواه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «حرمت الخمر لعينها». ن: البداية 1 / 812.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) ولعله يريد ما صح وثبت عن رسول الله ﷺ من حديث الشيخين عن عائشة رضي الله عنها: «سئل رسول الله ﷺ عن البتع، وعن نبيذ العسل، فقال: كل شراب أسكر فهو حرام» خرجه البخاري في الأشربة باب الخمر من العسل، ومسلم في الأشربة باب بيان أن كل مسكر خمر وكل خمر حرام، وحديث الأربعة وغيرهم عن جابر عن الرسول عليه السلام: «ما أسكر كثيره فقليله حرام».

(5) النبيذ هو ما نبذ في الماء ونقع فيه، سواء كان مسكرًا أو غير مسكر. وعند المالكية: ما اتخذ من ماء الزبيب أو البلح، ودخلته الشدة المطربة. ن: القاموس الفقهي 346، والمغرب 440، والطلبة 322.

مسألة [136]:

[في الخمر إذا ملكها المسلم ماذا يفعل به وبها؟]

ومن ملك من المسلمين خمرًا، أمر بإراقتها، فإن امتنع أريقت عليه، وكسرت الأواني، وشقت الظروف عقوبة له؛ وقد تكون العقوبة في البدن؛ وقد تكون في المال[1].

والدليل على ذلك أن النبي ﷺ، أحرق مسجد الضرار[2]، وأحرق رجلاً[3] غل[4] في سبيل الله.

وقد منع قاتل العمد الميراث عقوبة له.

ويحتمل قول مالك: أن الأواني تكسر إذا كانت لا تصلح لغير الخمر؛ وقد كسر أصحاب النبي أواني الخمر حين نزل تحريمها. قال أنس[5]: «فقمت إلى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت»[6]، وقيل لعمر رضي الله عنه: إن رجلاً أثرى في بيع الخمر، فقال: «اكسروا آنيته»[7].

---

(1) قال في التفريع 1 / 409: «ومن وجد عنده خمر من المسلمين، أريقت عليه، وكسرت ظروفها، أو شقت تأديبًا له». وانظر: المنتقى 3 / 153، 154 - 155، والكافي 1 / 382، والقوانين الفقهية 151 - 152.

(2) ن: خبر هذا الإحراق في سيرة ابن هشام 4 / 128 - 192، وفي مختصر تفسير ابن كثير 2 / 169، أن الرسول ﷺ بعث من هدم مسجد الضرار قبل مقدمه المدينة من غزوة تبوك، وقد بنى المنافقون هذا المسجد قرب مسجد قباء بقصد الكفر والتفريق بين جماعة المؤمنين.

(3) في أحكام القرآن 1 / 302: لابن العربي أن أبا داود أخرج من حديث عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ قال: «إذا وجدتم الرجل قد غل فأحرقوا متاعه، واضربوه». ولم أقف على حديث أن رسول الله ﷺ أحرق رجلاً غل في سبيل الله.

(4) قال ابن العربي المعافري في أحكام القرآن 1 / 299 - 300: «اعلموا وفقكم الله أن غل ينصرف في اللغة على ثلاثة معان: خيانة مطلقة، الثاني في الحقد، يقال في الأول: تَغُلّ بضم الغين، وفي الثاني يَغِل بكسر الغين. الثالث أنه خيانة الغنيمة».

(5) تقدمت ترجمته.

(6) أخرجه مسلم في كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر. . . .
وأخرجه مالك في الموطأ في كتاب الأشربة، في جامع تحريم الخمر.

(7) لم أقف عليه.

مسألة [137]:

[في الرجل هل يجوز له أن يؤاجر حانوته، أو دابته، أو غلامه في شيء من عمل الخمر أم لا؟]

ولا يؤاجر[1] الرجل حانوته، ولا دابته، ولا غلامه في شيء من عمل الخمر، فإن فعل انتزعت منه تلك الأجرة، وتصدق بها على الفقراء والمساكين عقوبة له، لأنه أعان على فعل محرم، وأخذ عنه عوضاً، وذلك مما لا يجوز[2].

وقد روي عن النبي ﷺ: «لعن حاملها والمحمولة إليه»[3]. فلما كان حاملها ملعونًا، لم يجز له أن يأخذ الأجرة على فعل محرم ملعون على فعله. ألا ترى أن النبي ﷺ: «نهى عن مهر البَغِي وحُلْوان الكاهن»[4]، وإنما نهى عن ذلك، لأنه فعل لا يحل، فلم يجز أخذ العوض عنه.

***

(1) يؤاجر: يُكري.

(2) ن: التفريع 1 / 409، والكافي 1 / 382، والقوانين الفقهية 152، وفيها: «ولا يحل لمسلم أن يؤاجر نفسه ولا غلامه ولا دابته، ولا داره في عمل الخمر خلافًا لأبي حنيفة».

(3) أخرجه ابن ماجة عن أنس رضي الله عنه في كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه. وهذا نصه عنده بتمامه: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، والمعصورة إليه، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها والمبيوعة له، وساقيها والمستقاة له حتى عد عشرة من هذا الضرب».

(4) أخرجه البخاري في البيوع، باب ثمن الكلب، ومسلم في كتاب البيوع باب تحريم ثمن الكلب، وحلوان الكاهن. ومالك في الموطأ في كتاب البيوع، ما جاء في ثمن الكلب.

والبَغِي: الزانية بأجر، وتجمع على بغايا. ن: لغة الفقهاء 109، وحلية الفقهاء 139.

والكاهن: مدعي معرفة الأسرار والمستقبل معتمدًا في ذلك على الجان. ن: حلية الفقهاء 375، والتعريفات 183.

مسألة [138]:
[في الخمر هل يجوز شربها أو التداوي بها، أو التصالح أم لا؟]

لا يجوز شرب الخمر لمن اضطر إليها، ولا يجوز شربها على معنى التداوي والتصالح بها[1]، **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: ذلك كله جائز[3].

---

(1) ن: التفريع 1 / 408، ورؤوس المسائل لابن القصار 129، وقال في المنتقى 3 / 141: «فمن اضطر إلى شرب الخمر لجوع أو عطش، حيث يجوز له أن يترخص بأكل الميتة، فهل له أن يشربها؟ روى ابن القاسم عن مالك في العتبية: لا يشربها، ولن تزيده إلا عطشًا. قال الشيخ أبو بكر في شرحه: لا يشرب الخمر، لأنها لا تروي من عطش، ولا تغني من جوع فيما يقال.. وأما إن كانت تشبع أو تروي. فلا بأس أن يشربها عند الضرورة كالميتة. وفي النوادر ذكر عن ابن حبيب فيمن غص وخاف على نفسه أن له أن يسيغها بالخمر، وقاله أبو الفرج، وروى أصبغ عن ابن القاسم: يشرب المضطر الدم، ولا يشرب الخمر، ويأكل الميتة، ولا يقرب ضوال الإبل، وقاله ابن وهب».

(2) الذي في التنبيه 84 أن في المسألة خلافًا: فقيل يجوز للمضطر شربها، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز للتداوي، ولا يجوز للعطش. وقال في الوجيز 2 / 217: «فتحل الخمر لإزالة العطش وإن لم تجز للتداوي»، وقال في رحمة الأمة بهامش الميزان 1 / 153: «ومن اضطر إلى شرب الخمر لعطش أو دواء، فهل له شربها؟ فقال أبو حنيفة يجوز، وللشافعية في المسألة ثلاثة أوجه، أصحها عند المحققين المنع مطلقًا، والثاني الجواز مطلقًا، والثالث يجوز للعطش ولا يجوز للتداوي واختاره جماعة».

(3) الظاهر أن الخلاف في هذه المسألة بين المالكية والأحناف إنما هو في جواز شرب الخمر إن اضطر إليها أو عدم جوازه. أما شربها للتداوي فمنعه محل وفاق بينهما كما سنرى:

قال في المبسوط 9 / 24: «وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن إنسانًا أتاه وفي بطنه صفراء، فقال: وصف لي السكر، فقال عبد الله: إن الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم. وبه نأخذ. فنقول: كل شراب محرم فلا يجوز شربه للتداوي، حتى روي عن محمد أن رجلاً أتى يستأذنه في شرب الخمر للتداوي. قال: إن كان في بطنك صفراء، فعليك بماء السكر، وإن كان في بطنك رطوبة فعليك بماء العسل فهو أنفع لك، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تتحقق الضرورة في الإصابة من الحرام، فإنه يوجد من جنسه ما يكون حلالاً والمقصود=

واحتج أصحابه بأن الميتة لما كانت حرامًا، وهي لا تنقلب إلى حالة أخرى، وجاز مع ذلك للمضطر تناولها، فلأن يجوز تناول الخمر عند الضرورة إليها أولى وأحرى.

ولأن أبوال الإبل يجوز للمضطر شربها مع كونها نجسة، فلأن يجوز شرب الخمر أولى وأحرى.

والدليل على صحة ما قلناه: قول النبي ﷺ، حين دخل على أم سلمة[1]، فوجد عندها شرابًا، فقال لها: ما هذا؟ فقالت: يا رسول الله، فلانة اشتكت بطنها، فبعثت لها بهذا الشراب، فقال لها عليه السلام: «اضربوا عرض الحائط[2]»[3]، أو كما قال عليه السلام: «إن الله تعالى لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها»[4]، وقال: «إنما هذا داء وليس بدواء»[5].

ولأنه عليه السلام ضرب في شرب الخمر[6]، وضرب الخلفاء بعده[7]،

= يحصل به»، وقال في البدائع 5 / 113، ط 2، 74: «وقال عليه الصلاة والسلام: حرمت الخمر لعينها، قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب، إلا أنه رخص شربها عند ضرورة العطش، أو الإكراه، قدر ما تندفع به الضرورة، ولأن حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض، فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة، ونحو ذلك. وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة، وغيرها، لأن الله لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا».

(1) تقدمت ترجمتها.

(2) في الأصل: الحائض.

(3) لم أقف عليه.

(4) أخرجه البخاري موقوفًا من قول ابن مسعود رضي الله عنه في كتاب الأشربة، باب شراب الحلواء والعسل، وهذا نصه: «وقال ابن مسعود في السكر: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم..».

(5) أخرجه مسلم في كتاب الأشربة باب تحريم التداوي بالخمر، من حديث طارق بن سويد. وهذا نصه: «.. أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء».

(6) حديث جَلد الرسول ﷺ في شرب النبيذ أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 264 في كتاب الأشربة وغيرها تحت رقم 88 و89، من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

(7) ومنهم عمر رضي الله عنه. انظر: سنن الدارقطني، كتاب الأشربة وغيرها: 4 / 248. =

وليس منهم من استفهم المضروب هل شرب لضرورة، أو لغير ضرورة.

وقد قال عليه السلام: «من شرب الخمر في الدنيا لم يرح رائحة الجنة»[1].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من جواز أكل الميتة للمضطر. غير لازم، لأن الميتة تغذي، وتسد[2] الرَّمَق[3]، وتقيم[4] النفس، وتذهب كَلَب[5] الجوع. وليس كذلك الخمر، فإن[6] التغذي لا يقع بها، وإنما يبغي[7] منها شاربها اللذة والطرب[8]، ويدعو شرب قليلها إلى شرب كثيرها.

وما ذكروه من شرب أبوال الإبل، غير لازم أيضًا، لأنها عندنا طاهرة، يجوز شربها لضرورة ولغير ضرورة، ولأن شرب قليل أبوال الإبل، لا يدعو إلى شرب كثيرها، فافترق ما بينهما.

* * *

= رقم 6 و79، 80.

وانظر الموطأ كتاب الأشربة: الحد في الخمر، ففيه: «عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه أخبره أن عمر بن الخطاب خرج عليهم، فقال: إني وجدت من فلان ريح شراب، فزعم أنه شراب الطِّلا، وأنا سائل عما شرب، فإن كان يسكر جلدته، فجلده عمر الحد تامًا».

(1) أخرجه مالك في الموطأ في تحريم الخمر من كتاب الأشربة، عن عبد الله بن عمر بلفظ قريب هذا نصه: «من شرب الخمر في الدنيا، ثم لم يتب منها، حرمها في الآخرة».

(2) في الأصل: تشد.

(3) الرَّمَق: بقية الروح والحياة. ن: اللسان / رمق.

(4) تُقيم النفس: تقويها.

(5) كَلَبُ الجوع: شدته.

(6) في الأصل: وأن.

(7) في الأصل: يبغا.

(8) في الأصل: والظرب.

مسألة [139]:

[في تخليل الخمر هل يجوز أم لا؟]

اختلف قول مالك رحمه الله في تخليل الخمر، فمرة أجازه[1]، **وبه قال أبو حنيفة**[2]، ومرة منعه[3]، **وبه قال الشافعي**[4].

فوجه رواية الجواز: قوله ﷺ: «خير إدامكم الخل»[5]، ولم يفرق، وقوله عليه السلام: «يحل الخل الخمر، كما يحل الدباغ الجلد»[6].

---

(1) ن: التفريع 1 / 410 - 411، وقال في الكافي 4 / 381: «ولا يخلل أحد خمرًا، فإن خللها فبئس ما فعل، وليستغفر الله وليأكلها إن شاء الله؛ وقد قيل: لا يأكلها إلا أن تعود خلاً بغير صنيع آدمي. وهو الأشهر عن مالك، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وبه أقول».
وقال في المنتقى 3 / 154: «فإن صارت خلاً بمعالجة، ففي كتاب ابن المواز، فيمن عصر خمرًا أو عصر خلاً فصارت خمرًا فباعها من مسلم أو نصراني، فصارت خلاً أو خللها أنه لا بأس بأكلها وبيعها، وروى عن مالك إباحة أكلها».

(2) قال في المبسوط 7 / 24: «وعن إبراهيم رحمه الله قال: لا بأس إذا كان للمسلم خمر، أن يجعلها خلاً، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله، وقالوا: تخليل الخمر جائز، خلافًا لما قاله الشافعي رحمه الله»، وقال في البدائع 5 / 114، ط 2، 74: «فأما إذا خللها صاحبها بعلاج من خل أو ملح أو غيرهما، فالتخليل جائز، والخل حلال عندنا، وعند الشافعي لا يجوز التخليل، ولا يحل الخل».

(3) ن: التفريع 1 / 411، وقال في الكافي 1 / 381: «وقيل إنها حرام إذا خللها الآدمي إلا أن يكون نصرانيًا. .»، قال في المنتقى 3 / 154: «ورووي عن ابن الماجشون المنع من ذلك، وروى ابن عبد الحكم في مختصره الروايتين (أي القول بالحل والحرمة) معًا عن مالك».

(4) ن: المبسوط 7 / 24، والبدائع 5 / 114.

(5) أخرجه مسلم في كتاب الأشربة باب فضيلة الخل والتأدم به، وأبو داود في الأطعمة باب في الخل، والترمذي في الأطعمة باب ما جاء في الخل، والنسائي في الأيمان باب إذا حلف ألا يأتدم، فأكل خبزًا بخل، وابن ماجة في الأطعمة باب الائتدام بالخل، كلهم عن جابر رضي الله عنه، وبلفظ هذا نصه: «نعم الإدام الخل».

(6) أخرجه الدارقطني في كتاب الأشربة وغيرها، باب اتخاذ الخل من الخمر، رقم 6 عن أم=

وإنما الخمر إنما حرمت لوجود الشدة المطربة فيها [هـ 122]، فإذا زالت الشدة المطربة، ارتفع التحريم، والنجاسة المقرونة بها.

ولأن شرب الخمر، يوجب تفسيق شاربها، وتكفيره. إن شربها مستحلاً، ويقتل، ويجب عليه الحد إذا شربها غير مستحل لها، فإذا استحالت خلاً، لم يفسق شاربها، ولم يحد، ولم يكفر، فوجب لهذا أن ترتفع نجاستها.

ولأن الماء إذا وقعت فيه نجاسة، فغيرت أحد أوصافه، فإنه يطهر بزوال التغير عنه، أو بصنع صانع، فكذلك الخمر إذا صارت خلاً بنفسها، أو بصنع صانع، والعلة الجامعة هي أنه مائع نجس طهر من غير معالجة، فوجب أن يطهر بالمعالجة. دليله: الماء إذا تغير بنجاسة، ثم زال عنه ذلك التغير بنفسه أو بصنع صانع؛ حيث يطهر ويجوز استعماله.

ولأن الأمر بإراقتها، لا يدل على المنع من تطهيرها، كما أن ما ولغ[1] فيه الكلب من ماء مأمور بإراقته، وليس يدل ذلك على المنع من تطهيره واستعماله.

ولأن جلد الميتة لما جاز لنا أن نطهره بالدباغ ونستعمله، فكذلك الخمر يجوز له أن يطهرها بأن يجعلها خلاً ويستعملها[2].

ووجه المنع: ما رواه أنس[3] أن أبا طلحة[4] الأنصاري سأل النبي ﷺ

= سلمة من طريق فرج بن فضالة بلفظ قريب هذا نصه بتمامه: «عن أم سلمة رضي الله عنها قالت: كانت لنا شاة فماتت، فقال النبي ﷺ: ما فعلت شاتكم؟ قلنا: ماتت. قال: «أفلا انتفعتم بإهابها؟» قلنا: إنها ميتة. قال: «يحل دباغها كما يحل خل الخمر». ثم قال الدارقطني: تفرد به فرج بن فضالة عن يحيى، وهو ضعيف، يروي عن يحيى بن سعيد أحاديث عدة لا يتابع عليها.

(1) ولغ الكلب وغيره من السباع في الإناء، ومنه، وبه، ولغًا وولوغًا، وولغانًا: شرب ما فيه بأطراف لسانه، أو أدخل فيه لسانه فحركه فهو والغ. ن: القاموس الفقهي 387.

(2) في الأصل: ويستعمله.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

عن أيتام ورثوا خمرًا، فقال له النبي: «أرقها»، فقال له أبو طلحة[1]: أفلا نجعلها[2] خلاً؟، فقال: «لا»[3].

ومن جهة المعنى أنه مائع نجس، أمر بإراقته، فوجب ألا يطهر بالمعالجة. دليله السمن الذائب إذا وقعت فيه نجاسة.

ولأنه يتوصل بتخليلها إلى استباحة فعل محرم ممنوع منه، مؤثر فيه لأجل حق الله تعالى، فوجب ألا يجوز فعله دليله: ما إذا قتل أباه، أو أخاه[4]، أو ابنه[5] من [أجل][6] أن يرثه.

وقولنا: فعل محرم، احتراز[7] من جلد الميتة إذا دبغ لأنه فعل مباح.

وقولنا: لأجل حق الله، احتراز[8] من الذبح بسكين الغير على وجه الاعتداء.

وقولنا: مؤثر. احتراز[9] من إمساكها، لأن إمساكها غير مؤثر في الغير، والتخليل[10] مؤثر فيها.

ولأن الأصول شاهدة لهذه الجملة، ذلك أن الله تعالى حرم على اليهود [الشحوم][11]، فباعوها، وأكلوا أثمانها، فوصلوا بذلك إلى استباحة ما حرم

---

(1) تقدمت ترجمته.
(2) في الأصل: يجعلها.
(3) أخرجه أبو داود في كتاب الأشربة باب ما جاء في الخمر تخلل، وأحمد في مسند أنس بن مالك، والدارمي في الأشربة باب اتخاذ الخل من الخمر.
(4) في الأصل: وأخاه.
(5) في الأصل: ومنه.
(6) تكملة يقتضيها السياق.
(7) في الأصل: احتزازا.
(8) في الأصل: احتزازا.
(9) في الأصل: احتزازا.
(10) في الأصل: والتحليل.
(11) تكملة يحتمل أن صوابها ما أثبتناه.
وحديث حرم الله الشحوم على اليهود، متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب البيوع=

عليهم بفعل محظور مؤثر، فذمهم الله تعالى على ذلك.

* * *

= باب بيع الميتة، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الخمر، معًا عن جابر رضي الله عنه، وهذا نص الحديث: «عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول، وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام»، فقيل: يا رسول الله: أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس، فقال: «لا، هو حرام»، ثم قال: «قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه فباعوه، وأكلوا ثمنه».



كتاب العتق

مسألة [140]:

[في الموسر إذا أعتق شركًا له في عبد قوم عليه نصيب شريكه. . .]

إذا أعتق الموسر[1] شِرْكًا[2] له في عبد، قُوّم[3] عليه نصيب شريكه، ولا يُبَعَّض[4] العِتق[5] مع يسر المعتق[6]. **وبه قال الشافعي**[7].

وقال أبو حنيفة: يجوز تبعيضه مع يسر السيد المعتق وعسره. والشريك الذي لم يعتق بالخيار بين أن يقوم نصيبه من العبد على شريكه المُعتق، أو يعتقه، أو يُستسعى[8] العبد في قيمة ما رقّ[9] له منه[10].

---

(1) الموسر: الغني، ضد المعسر.

(2) الشِّرْك: النصيب. ن: القاموس الفقهي 195.

(3) قُوّم: سُعِّر وثُمِّن. أي: حدد له سعر وثمن. ن: القاموس الفقهي 310.

(4) يُبَعَّض: يجعل أبعاضًا، ومعنى لا يبعض العتق: أي لا يعتق بعض المعتَق دون بعض بل يعتق إذا أعتق كله.

(5) العِتق في اللغة القوة. وفي الشرع، هو قوة حكمية يصير بها المملوك حرًا كامل الأهلية في التصرفات الشرعية. ن: التعريفات 147، وقال في حلية الفقهاء 208: العتق إخراج النسمة من ذل الرق إلى عز الحرية.

(6) المُعتِق هو الذي يقوم بعملية العِتق.

ن: التفريع2 / 21، ورؤوس المسائل لابن القصار 173، والتلقين 155، والإشراف 2 / 304، والكافي 2 / 267، والتمهيد 14 / 265 - 284، والبداية 2 / 585، والقوانين الفقهية 323، وهو قول الإمام أحمد. ن: المحرر في الفقه 2 / 5، وابن أبي ليلى. ن: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى 94.

(7) ن: التنبيه 144، والوجيز 2 / 274، وقال في التكملة الثانية للمجموع 5 / 16: «وإن كان بين نفسين عبد، فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه وعتق. . ».

(8) يُستسعى العبدُ: يكلف من العمل ما يؤدي به عن نفسه إذا أعتق بعضه، قيمة بعضه غير المعتق ليتم عتقه كاملاً. ن: القاموس الفقهي 173.

(9) ما رقّ له: ما صار رقيقًا أي مملوكًا لأجله، وهو بعضه الذي لم يحرر.

(10) هذا الخيار الثلاثي إذا كان المُعتِق موسرًا. وأما إذا كان معسرًا فإنما له خياران: إن شاء=

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[1]. قالوا: وكل واحد من الشريكين غير مالك لنصيب شريكه من العبد.

قالوا: ولأن العتق إزالة ملك عن مال[2]، وليس بإسقاط للرق.

ولأن[3] الرق معنى في المحل يملك به المحل على تحقيق المالية. فإذا كان العتق إزالة ملك عن مملوك، وأنه يتجزأ ويتبعض مثل البيع سواء. فإنما[4] يجب التكميل للمضادة في الأحكام، لأنه لم يسقط من الرق في الحال عن المحل شيء إلى أن يعتق الجميع، فيزول الملك عن المحل، فحينئذ يسقط الرق إذ[5] لم يبق له حكم.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع[6] عن ابن عمر[7] أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد، وكان له مال يبلغ قيمة العبد، قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا فقد أعتق منه ما عتق»[8] فقوله عليه السلام: وإلا فقد عتق منه ما عتق، نص منه على أن العتق

= أعتق، وإن شاء استسعى العبد. ن: القدوري 84 - 85، والمبسوط 7 / 103 - 104، وفيه أن القول بالتخيير بين العتق والاستسعاء في النصف الباقي إنما هو قول أبي حنيفة. وقال صاحباه محمد وأبو يوسف: يعتق كله ولا سعاية عليه. وقال في البدائع 4 / 86، ط2، 74: «وأما صفة الإعتاق فهي أن الإعتاق هل يتجزأ أم لا؟ وقد اختلف فيه. قال أبو حنيفة: يتجزأ سواء كان المعتق موسرًا أو معسرًا، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتجزأ كيفما كان المعتق، وقال الشافعي: إن كان معسرًا يتجزأ، وإن كان موسرًا لا يتجزأ». وانظر: طريقة الخلاف 188 - 195، ورؤوس المسائل للزمخشري 540، وإيثار الإنصاف 191 - 194.

(1) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك» والترمذي في الطلاق باب ما جاء: لا طلاق قبل النكاح.

(2) في الأصل: ملك.

(3) هكذا في الأصل. ولعل الصواب: لأن.

(4) في الأصل: وإنما.

(5) في الأصل: إذا.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) متفق عليه. أخرجه البخاري في كتاب العتق، باب إذا أعتق عبد بين اثنين... وفي مواضع=

يتبعض مع الإعسار، ولا يتبعض مع الإيسار، ولهذا قلنا: إن العبد لا يستسعى سواء كان المعتق موسرًا أو معسرًا، لأنا لو كلفناه ذلك لكان فيه إخراج ملك السيد عن يده من غير سبب، وفيه أيضًا إلزام مال لذمة العبد من غير سبب. وهذا يضاد ظواهر القضايا والأحكام.

ولأن كل حرية تتأبد، لا يجب أن يراعى فيها اختيار الشريك إذا كان المعتق موسرًا، دليله: الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما فأحبلها، فإنه يقوم عليه نصيب شريكه منها، وتكون أم ولده. فإنه[1] يعتق عليه جميعها في الحال.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن ادم»[2]، لا حجة لهم فيه. لأنه من هذا الأصل الذي اختلفنا فيه، وإنما محل الحديث فيمن قال لعبد[3] لا ملك له عليه، ولا شرك له فيه: اذهب فأنت حر.

وأما قولهم: إن العتق إزالة ملك عن مالك، وليس بإسقاط للرق [هـ 123]. فالجواب عنه: أن ملك المالية في العبد هو رقه، والرق ملك المال، ولا يتصور بين ذلك فرق.

ولأنه إذا أعتق نصف عبد، فلا يتصور بقاء جميعه على الرق، كما لا يتصور بقاء شيء منه على الرق مع إعتاق جميعه.

وما ذكروه من المضادة في الأحكام، وأن الرق لا يسقط في الحال عن المحل، باطل بعتق أم الولد، أو وطء أحد الشريكين الأمة فتحمل؛ حيث يتنجز[4] العتق في الحال بغير خلاف.

= أخر من صحيحه. وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان، باب من أعتق شركًا له في عبد، وهذا نص لفظ البخاري: «من أعتق شركًا له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قوم العبد قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم، وعتق عليه. وإلا فقد عتق منه ما عتق».

(1) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: وأنه.

(2) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «لا طلاق إلا في ما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك»، والترمذي في الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح.

(3) في الأصل: لعبده.

(4) في الأصل: يتجزأ، ولعل الصواب ما أثبتناه.

مسألة [141]:

[في المعسر إذا أعتق شركًا له في عبد لم يقوم عليه نصيب شريكه . .]

إذا أعتق المعسر[1] شركًا له في عبد، لم يقوم عليه نصيب شريكه، ويبقى نصيبه كما كان، ويتبعض العتق في هذه المسألة بخلاف المسألة التي قبلها[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يتبعض العتق في المسألتين جميعًا. قال: والشريك بالخيار بين أن يعتق نصيبه كما فعل صاحبه، أو يستسعي العبد في قيمة ما رق له منه[4].

واحتج أصحابه بحديث ابن أبي[5] عروبة، عن النضر[6] بن أنس، عن

---

(1) أي الفقير الذي لا يملك فوق قوته وقوت من تلزمه نفقته.

(2) ن: التفريع 2 / 21، ورؤوس المسائل لابن القصار 173، والإشراف 2 / 304، والكافي 2 / 267، والتمهيد 14 / 265 - 284، والبداية 2 / 586، والقوانين الفقهية 323، وبه قال أحمد. ن: المحرر في الفقه 2 / 5.

(3) ن: التنبيه 144، وقال في التكملة الثانية للمجموع 7 / 16: «وإن كان المعتق معسرًا، عتق نصيبه، وبقي نصيب الشريك على الرق».

(4) ن: القدوري 84 - 85، والمبسوط 7 / 104، والبدائع 4 / 86 ط 2 . 74، ورؤوس المسائل للزمخشري 540، وطريقة الخلاف 189 - 195، وإيثار الإنصاف 191 - 194.

(5) هو أبو النضر سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري البصري مولاهم، الحافظ العلم، خرج له الستة، روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثًا واحدًا، وأبي التياح، ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن علية، ويزيد بن زريع، ومحمد بن جعفر، وخلق. قال ابن معين: ثقة أثبتهم في قتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يختلط. مات سنة 156هـ. ن: الخلاصة 141، وطبقات الحفاظ 85.

(6) هو النضر بن أنس بن مالك الأنصاري، خرج له الستة، روى عن أبيه وعن ابن عباس وعنه بكر المزني، وقتادة، وثقه النسائي. ن: الخلاصة 401.

ابن نهيك[1]، عن أبي هريرة[2] أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في مملوك، فخلاصه عليه من ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعى العبد في قيمته غير مشقوق عليه»[3].

وتمسكوا من جهة المعنى[4] فقالوا: إن عتق[5] بعض العبد، وبقاء بعضه رقيقًا يوجب المضادة والتناقض في الأحكام، لأن الرق يوجب سلب الولاية[6]، والشهادة، والملك[7]. والحريةُ توجب[8] ثبوت جميع ذلك، وبين السلب والثبوت منافاة وتباين؛ إذ لا يجوز إثبات بعض الولاية[9]، ولا بعض الشهادة، ولا بعض الملكية.

قالوا: وإنما قلنا: إن العبد يستسعى في قيمة ما بقي منه رفقًا به،

---

(1) هو أبو الشعثاء بشير بن نهيك السدوسي البصري. خرج له الستة، روى عن أبي هريرة، وبشير بن الخصاصية، وعنه النضر بن أنس، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وثقه النسائي له في البخاري ومسلم حديث في العتق، وفي البخاري آخر. ن: الخلاصة 50.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب العتق باب إذا أعتق نصيبًا في عبد وليس له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه على نحو الكتابة. ومسلم في كتاب الأيمان، باب من أعتق شركًا له في عبد، وهذا نص لفظه: «من أعتق شقصًا له في عبد، فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، استسعى العبد غير مشقوق عليه».

(4) كأن هنا كلمة سقطت من الناسخ.

(5) في الأصل: أعتق.

(6) أي أهلية الولاية.

والولاية هي: حق تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أم أبى، وهي أنواع: ولاية عامة، وولاية خاصة، وولاية على المال، وولاية على النفس، وولاية النكاح. ن: التعريفات 254، والقاموس الفقهي 390.

(7) المِلك: التملك الكامل المستقر.

(8) في الأصل: فوجب.

(9) في الأصل: الولادة.

ونظرًا[1] له. ولأن[2] للسيد أن يجبره[3] على التكسب بغير خلاف. وليس في السعاية أكثر من هذا القدر.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ في حديث ابن عمر[4]: «وإلا فقد عتق منه ما عتق»[5]، وقوله عليه السلام: «من أعتق شركًا له في عبد وهو معسر، فقد عتق منه ما عتق، ورق منه ما رق»[6]، وقضاؤه ﷺ في الستة الأعبد الذين أعتقهم سيدهم ولا مال له غيرهم فأقرع عليه السلام بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة ولم يستسعهم عليه السلام[7]. وهو حديث صحيح[8] رواه عمران ابن[9] حصين.

ولأن السعاية: إجبار العبد على أداء مال [لينعتق][10] به. وذلك لا يجوز اعتبارًا بالمكاتب لأنه لا يجبر على أداء نجوم[11] الكتابة، مع التزامه[12] بعقدها وشرائطها، فبأن لا يجبر العبد على السعاية مع عدم التزامها أولى وأحرى.

---

(1) النظر: الحفظ والرعاية، وحسن التصرف. ن: اللسان/ نظر.

(2) في الأصل: وإذا.

(3) في الأصل: يجبر.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدم تخريجه.

(6) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(7) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب من أعتق شركًا له في عبد، وأبو داود في كتاب العتق، باب من أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث.

(8) هو كما قال بدليل التعليق قبله.

(9) تقدمت ترجمته.

(10) في الأصل: التعتق.

(11) نجوم الكتابة: أقساطها، من نجمت المال أو الشيء، قسطته أقساطًا، ومنه تنجيم الدين. ن: القاموس الفقهي 348.

والكتابة عقد بين الرقيق ومالكه على مال يؤديه الرقيق له على أقساط. فإذا أداه كله فهو حر. ن: لغة الفقهاء 377، وقال في القاموس الفقهي 316، نقلاً عن ابن عرفة المالكي: الكتابة شرعًا: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.

(12) في الأصل: التزامهم.

ولأن المعتق إذا [كان][1] معسرًا، لا يضمن نصيب شريكه بإجماع[2]، فألا يضمن العبد لكونه أعسر من المولى أولى وأحرى.

ولأن المعتق إذا كان [معسرًا][3]، فإنما تصرف في العتق من حيث الإزالة في بعض العبد، فنقص تصرفه عن المحل الذي تصرف فيه، كما لو تصرف من حيث البيع، لأن البيع إزالة عن محل ملكه من العبد إلى المبتاع، والعتق إزالة عن محل مملوك لا إلى أحد، ولا فرق بين الصورتين من حيث الإزالة، وإذا جاز أن يتبعض أحدهما، جاز أن يتبعض الآخر. والحرف الوجيز أنه لا مانع يمنع من تبعيض العتق في هذه الصورة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث ابن أبي عروبة[4]، فهو حديث في سنده لين[5]، فلا يعترض به على حديث ابن عمر[6]، لأنه حديث متفق على صحته[7]، خرجه البخاري ومسلم.

ولأن الاستسعاء المذكور فيما قال بعض العلماء[8] من كلام قتادة[9]. كان يروي هذا الحديث ولا يذكر فيه سعاية، ثم يفتي بالسعاية من عنده.

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) قال في الإقناع 55: «ولا خلاف بين العلماء أنه لا يلزم المعتق نصيب شريكه إلا أن يكون له من المال ما يبلغ ثمن نصيب شريكه».

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) تقدمت ترجمته وتخريج حديثه.

(5) كيف وقد أخرجه الشيخان كما تقدم، وربما كان هذا اللين الذي يشير إليه المؤلف رحمه الله بسبب ما قيل من أن ابن أبي عروبة تفرد بذكر الاستسعاء فيه، ولكن البخاري استظهر له برواية جرير بن حازم بموافقته، ثم ذكر ثلاثة تابعوهما على ذكرها. ن: التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 125.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) وكذلك حديث ابن أبي عروبة.

(8) جزم بعض العلماء بأنه مدرج من قول قتادة، ومنهم ابن المنذر، والخطابي، والإسماعيلي والدارقطني، والحاكم والبيهقي والخطيب، وأبى آخرون ذلك ومنهم صاحبا الصحيح، وهو المرجح عند ابن دقيق العيد. ن: التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 126 - 127.

(9) تقدمت ترجمته.

ولأن لفظ الحديث: «استسعى العبد غير مشقوق عليه»[1]، وهم يقولون: يستسعى وإن شق عليه.

وغير بعيد أن يكون معنى قوله عليه السلام إن صح الحديث: غير مشقوق عليه أن يخدم نفسه يومًا. والمتمسك بنصف رقبة يومًا غير مشقوق عليه.

وما احتجوا به من المضادة في الأحكام وسلب الولاية. غير لازم، أما الملك فإنه عندنا يملك وإن كان قِنًّا[2]، فإن عتق بعضه، ملك بقدر ما عتق منه، ومنع التمسك بالرق من انتزاع ذلك من يده.

وأما الولاية والشهادة فتحتاج إلى حرية كاملة.

وقولهم: إن للسيد إجباره على التكسب، صحيح، وقياسهم السعاية على ذلك ليس بشيء، لأن السعاية ضرب من الكتابة، وذلك يحتاج إلى عقد وإشهاد وضرب أجل، وتراض من العبد والسيد.

* * *

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) القِنّ: العبد المملوك الخالص العبودية، الذي لم يحصل فيه أي سبب من أسباب الحرية أو مقدماتها كالكتابة والتدبير ونحو ذلك. ن: المغرب 394، والتعريفات 179، والأنيس 152، ولغة الفقهاء 370.

مسألة [142]:

[في المريض إذا أعتق ستة أعبد ولا مال له غيرهم ثم مات فما الحكم؟]

إذا أعتق المريض ستة أعبد له في مرضه، ولا مال له غيرهم، ثم مات أُقْرِع[1] بينهم، فأُعتِق ثلثهم، ورق الورثة ثلثيهم[2][3]. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال أبو حنيفة: يُعتَق من كل واحد ثلثه، ويُرَق ثلثاه للورثة، ثم يستسعى في قيمة ثلثيه، فإذا وَدَّى عتق. وزعم أن الحكم بالقرعة باطل[5].

قال أصحابه: وما قلناه في هذه المسألة [هـ 124] هو العدل، لأنا أعتقنا من كل عبد ثلثه. ولم نعتق بعضًا ونحرم العتق بعضًا كما قلتم. لأن فيما قلتم حرمـان العتق لمن أوصي له بالعتق، وهذا باطل لاستواء العبيد في السببية

---

(1) أي: أجرى القرعة وهي الاستهام بينهم. ن: حلية الفقهاء 208، والمغرب 379، وتهذيب الأسماء واللغات 1 / 88، والقاموس الفقهي 201 - 200.

(2) في الأصل: ثلثاهم.

(3) ن: التفريع 2 / 23، ورؤوس المسائل لابن القصار 174، وفيها أنه قال بهذا: الشافعي وأحمد وإسحاق. وانظر: التلقين 55، والإشراف 2 / 304 - 305، واالكافي 2 / 270، والبداية 2 / 290 - 291، وفيها أن أصبغ وأشهب خالفا مالكًا في العتق المبتل في المرض، فقالا: إنما القرعة في الوصية. وانظر: المنتقى 6 / 264.

(4) ن: الأم 4 / 8، والوجيز 2 / 276، والتكملة الثانية للمجموع 10 / 16.

(5) ن: رؤوس المسائل للزمخشري 541 - 542، وقال في البدائع 4 / 99، ط 2 . 74: «ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته»، وقال في المبسوط 7 / 75: «فإن المذهب عندنا أن من أعتق ستة أعبد له في مرضه، ولا مال له غيرهم، وقيمتهم سواء، يعتق من كل واحد منهم ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته، وعند الشافعي رحمه الله تعالى: «يجزئهم القاضي ثلاثة أجزاء، ثم يقرع بينهم، فيعتق اثنين بالقرعة، ويرد أربعة في الرق..»، ثم قال: «فكما أن تعليق ابتداء الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارًا، فكذلك تعيين المستحق، وإنما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة، فإن للقاضي أن يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة، فإنما يقرع تطييبًا للقلوب، ونفيًا لتهمة الميل عن نفسه.

الموجبة للعتق وهي الوصية.

قالوا: ولأن رجلين لو كان بينهما ستة أعبد، لأحدهما ثلثهم، وللآخر ثلثاهم، فأعتق أحدهما حصته منهم، فإنه يعتق من كل عبد قدر نصيبه منه، ويبقى الباقي رقيقًا للآخر. فألا قلتم: يجمع له نصيبه وحقه[1] في عبدين فيعتقان، ويرق الباقون لشريكه، كما قلتم في مسألة الوصية بالعتق حين ميزتم للمعتق بالقرعة عبدين، وأرققتم من بقي ممن[2] لم تخرجه القرعة. قالوا: وفي الحكم بالقرعة غرر[3] ومخاطرة.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث عمران[4] بن حصين أن النبي ﷺ «[فجزأهم][5] ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة»[6] وهذا نص في موضع الخلاف.

وأما من جهة المعنى فنقول: العتق في المرض وصية، والوصية محلها الثلث بدليل سائر الوصايا، وثلث الستة اثنان، فوجب رد هذه الوصية إلى محلها بإعتاق عبدين من الستة الأعبد، وإبطالها فيما زاد على ذلك، لأن التصرف بالوصية في غير محل الوصية باطل، وحكمنا بالقرعة بالنص الذي جاء فيها من فعل النبي ﷺ، ولأن الحكم بها [ينفي التهمة][7]، وقد تستعمل في المواريث، والغنائم، وما شاكل ذلك.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن العدل في هذه المسألة ما قلناه. لأنا أعتقنا من كل عبد ثلثه، ولم نعتق بعضًا ونحرم بعضًا العتق، إلى آخر ما ذكروه من

---

(1) في الأصل: حقه.

(2) في الأصل: من.

(3) الغَرَر: ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا؟ ن: التعريفات 161، وحلية الفقهاء 134، ولغة الفقهاء 330، والقاموس الفقهي 272.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تكملة ليست في الأصل، وأثبتناها من صحيح مسلم، وسنن أبي داود.

(6) تقدم تخريجه.

(7) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

هذا الفصل. فالجواب عنه: أن[1] ما قلناه نحن هو العدل، لأن المعادلة واجبة بين الثلث والثلثين، ولا يجوز أن يتحز[2] أحد النصيبين للآخر. ومن العدل ألا يسلم للموصى لهم شيء، إلا ويسلم للورثة مثلاه، وألا يقدم حق الموصى لهم على حق الورثة لأنه ظلم، وفيما قلناه عدل من الجانبين، وفيما قالوه ظلم وجور في أحد الجانبين.

ووجه العدل فيما قلناه: أنا إذا جمعنا الثلث في عبدين معينين فأعتقناهما، وسلمنا أربعة للورثة، فقد أعطينا الثلث حقه، والثلثين حقيهما، فلم يقع ظلم ولا بخس لا على الثلث ولا على الثلثين.

ووجه الظلم والجور فيما قالوه: هو أنهم قالوا: يعتق من كل عبد ثلثه، ويستسعى ثلثاه للورثة، فكل عبد أتم سعاية ثلثيه عتق، فجعلوا إخراج ثلث الوصية بتبتيل[3] عتق ثلث كل عبد، ولم يجعلوا للورثة من ثلثيهم[4] شيئاً؛ بل أحالوهم على تقاضي السعاية من العبد، وذلك ظلم وجور، لأن السعاية ربما سلمت لهم وربما لم تسلم. وذلك غرر وخطر.

وقد زعموا أن القرعة خطر وغرر، ولا غرر ولا خطر أكثر من هذا الذي قالوه. وهذا في غاية الوضوح لمن تأمله، لأن في تأخير حقوق الورثة إبطالها، ولما لم يجز إبطالها بإجماع، فكذلك تأخيرها.

وقولهم: ولأن فيما [قلتم][5] حرمان العتق لمن أوصي له بالعتق[6]، وذلك باطل لاستواء العبيد في السببية. فيقال لهم على وجه المضايقة: فإذا لم يجز ما قلناه، فلا يجوز ما قلتم؛ لأنكم تقولون: يعتق من كل عبد ثلثه، ويرق ثلثاه، مع أن الميت إنما أوصى بعتق جميعهم، وسوى بينهم في سببية العتق.

---

(1) في الأصل: إنما.
(2) هكذا في الأصل، ولا وجه لها، ولم أهتد إلى إقامتها.
(3) تبتيل العتق: تعجيله، وقطعه من مال الموصي. ن: اللسان / مادة بتل.
(4) في الأصل: ثلثهم.
(5) تكملة يقتضيها السياق.
(6) في الأصل: العتق.

وحرف[1] **هذه المسألة**: هو أن الدليل قد قام على أن الوصية لا تجوز أن يجاوز بها ثلث المال، وعلمنا قطعًا أن عبدين من ستة ثلث المال[2]، وقام الدليل على وجوب المساواة بين الثلث والثلثين، وليس ذلك إلا ما قلناه.

ولأن الوصية عندنا بإعتاق ستة أعبد، وهم جميع مال الميت، إنما هي وصية بإعتاق عبدين حكمًا، وإن كانت الوصية بإعتاق ستة لفظًا.

والقرعة التي حكمنا بها إنما أفادت تمييز من يستحق العتق دون من لا يستحقه وليس في ذلك [حرمان][3] بينها وبين المسألة التي اختلفنا فيها، لأن[4] الشريك الذي أعتق نصيبه من ستة أعبد، لم يقصد إلى أن يجمع له العتق في عبدين معينين، ولا أراد ذلك جملة. والموصي لما كانت وصيته في ستة أعبد مصروفة إلى الثلث، فكأنه إنما قصد إلى أن يجمع له حقه من العتق في عبدين معينين. ألا ترى أنه لو أعتق عبدين معينين جاز له ذلك. فبان الفرق بين السؤالين.

وأما ما ذكروه من إبطال الحكم بالقرعة، فهو معارضة للنص ورد له. وذلك غير مقبول.

وقولهم: إن القرعة غرر ومخاطرة باطل. لأنا لا نقول: إن الاستحقاق يتعلق بالقرعة، وإنما وضعت[5] لتمييز من يستحق العتق من الستة الأعبد دون من لا يستحقه. والله أعلم.

* * *

(1) أي القول الفصل، والله أعلم.
(2) في الأصل: مال.
(3) هكذا صورتها في الأصل، ولا وجه لها ولم أهتد إلى إقامتها على وجه اليقين، ويحتمل عندي أن صوابها: جريان.
(4) في الأصل: أن.
(5) في الأصل: وصغت.

مسألة [143]:

[في الحر المسلم من يعتق عليه من أقاربه إذا ملكهُ؟]

يعتق على الحر المسلم من أقاربه إذا ملكه، عمود[1] النسب علوًا وسفلاً. والأخوة نفسها دون ولدها[2]. **وبه قال أبو حنيفة**، وزاد على ذلك عتق [أبناء][3] الإخوة، وعتق كل ذي رحم محرمة ممن لو كان أحدهما أنثى لم يتزوجها الآخر[4]. **وروي عن مالك مثله**[5].

وقال الشافعي: لا يعتق عليه إلا الآباء والأبناء، وأما الإخوة، فلا يعتقون على حال[6].

---

(1) عمود النسب: الآباء وآباؤهم، والأبناء وأبناؤهم.

(2) ن: التفريع 2 / 25 - 26، ورؤوس المسائل لابن القصار 174، والتلقين 156، والإشراف 2 / 305 - 306، والكافي 2 / 274، والبداية 2 / 588 - 590، والقوانين الفقهية 323 - 324.

(3) تكملة لازمة.

(4) قال في المبسوط 7 / 70: «قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: إذا ملك أخاه أو أخته، أو أحدًا من ذوي الرحم المحرم منه أنه يعتق عليه، وعند الشافعي رحمه الله تعالى: لا يعتق إلا الوالدين والمولودين». وانظر: البدائع 4 / 47 - 48، ط 2. 74، وإيثار الإنصاف 182 - 184، وطريقة الخلاف 174 - 176، والغرة المنيفة 189.

(5) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 174.

(6) قال في الأم 8 / 15: «قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: ومن ملك أباه، أو جده، أو ابنه، أو ابن ابنه وإن تباعد أو جدًا من قبل أب أو أم، أو ولدًا من ابن أو بنت وإن تباعد ممن يصير إليه نسب المالك من أب أو أم، أو يصير إلى المالك نسبه من أب أو أم، حتى يكون المالك ولدًا، أو والدًا بوجه، عتق عليه، حين يصح ملكه له، ولا يعتق عليه غير من سميت لا أخ، ولا أخت، ولا زوجة، ولا غيرهم من ذوي القرابة».

وانظر: التنبيه 145، والوجيز 2 / 275 - 276، وقال في التكملة الثانية للمجموع 9 / 16: «ومن ملك سوى الوالدين والمولودين من الأقارب لم يعتق عليه لأنه لا بعضية بينهما فكانوا كالأجانب».

واحتج أصحابه من جهة المعنى فقالوا: الشراء[1] سبب لملك دائم لم يوجد سبب قاطع له. قالوا: ولأن الثابت[2] في حال البقاء هو الثابت في حق [هـ 125] الشراء[3]. فإذا كان الشراء سببًا للملك ابتداء، صح أن يقال: هو سبب لملك مستدام لم[4] يوجد له سبب قاطع، فوجب دوام الملك بالسبب الذي قدمناه.

قالوا: ولأن الأخ لما كان رقيقًا كان محلاً للملك بالرق الذي هو فيه. فالرق الذي هو فيه موجود في حق الناس كلهم، فليكن محلاً للملك في حق الناس كلهم.

قالوا: ألا ترى أن الأخت لما لم تكن محل النكاح للأخ، لم يحل نكاحها للأخ؟

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبًا﴾ [النساء: 1]، وقوله عز وجل: ﴿فَهَلۡ عَسَيۡتُمۡ إِن تَوَلَّيۡتُمۡ أَن تُفۡسِدُواْ فِى ٱلۡأَرۡضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرۡحَامَكُمۡ﴾ [محمد: 22]، ولا قطيعة أعظم من الاسترقاق، وقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها» ثم قال عليه السلام: «فإنكم إذا فعلتم قطعتم أرحامهن»[5].

---

(1) في الأصل: للشري ستة بملك.

(2) في الأصل: الثلث.

(3) في الأصل: المشري.

(4) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: ولم.

(5) بهذا اللفظ من غير ذكر: «فإنكم إن فعلتم قطعتم أرحامهن»، أخرجه ابن ماجة من حديث أبي هريرة في كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.

وبلفظ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب لا تنكح المرأة على عمتها، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، ومالك في الموطأ في ما لا يجمع بينه من النساء من كتاب النكاح، وبلفظ قريب أخرجه أبو داود في كتاب النكاح باب ما يكره الجمع بينهن من النساء.

والدليل على أن هذه القرابة محرمة للقطيعة، أنها تحرم بالنكاح[1].

وليس تحريم نكاح الأخت إلا للاحتراز من القطيعة. لأن النكاح نوع رق. لقوله عليه السلام: «النكاح رق. فلينظر أحدكم أين يضع كريمته»[2].

ولأنه عقد لافتراش، والافتراش قهر وإذلال، والإذلال قطيعة للرحم.

ولأن الإخوة والأخوات مشاركون لأخيهم الذي ملكهم الولادة، فوجب عتقهم عليه، كما يعتق عليه الولد إذا ملكه.

ولأن الإخوة يقومون مقام الولد عند عدم الولد، فيحجبون الأم في الميراث عن الثلث إلى السدس، وكذلك يحجبها الولد عن الثلث إلى السدس، فلما كانوا كالولد في حجب الأم، وجب عتقهم لذلك، لأنهم يقومون مقام الولد، فيقسمون الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك الولد يقسمون الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. فلما كان الإخوة كالولد فيما ذكرناه من حجب الميراث وقسمته، وجب أن يكونوا في العتق إذا ملكوا كالولد؛ إذ لا فرق بين ذلك.

فأما ولد الإخوة فإنهم لا يعتقون إذا ملكوا، لأنهم لا يقومون مقام الولد ولا مقام الإخوة في شيء مما ذكرنا[3].

فإذا ثبت هذا، فكل ما احتجوا به من جهة المعنى، لا جريان له مع ما قدمناه من ظواهر الكتاب والسنة، وصحيح القياس، وعلى أن ما قالوه يبطل بالأب إذا ملكه [ابنه][4]، حيث يعتق عليه بنفس الملك مع كونه محلاً للملك،

---

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: للنكاح.

(2) بهذا اللفظ ذكره السرخسي في المبسوط 5 / 23، والغزالي في الإحياء، في كتاب النكاح كما ذكر ذلك السبكي في طبقاته 6 / 310، ولم أقف عليه مخرجًا في الكتب الستة والموطأ، وقال في تخريج أحاديث الإحياء مج 2، ج 4 / 133: «رواه أبو عمر التوقاني عن عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر، قال البيهقي: وروي ذلك مرفوعًا والموقوف أصح».

(3) هذا الحكم على إطلاقه غير صحيح لأن أبناء الإخوة وإن كانوا لا يحجبون الأم عن الثلث كالأبناء، فإنهم يقسمون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين مثلهم. إذا لم يكن هناك حاجب لهم، لأنهم من العصبة الوارثين.

(4) تكملة لازمة.

محلاً للبيع والابتياع في حق الناس كلهم.

وقولهم: ألا ترى أن الأخت لما لم تكن محل[1] حل نكاح للأخ، لم يحل نكاحها للأخ؟ فنحن نعكس عليهم، فنقول: لما لم[2] تكن محل حل[3] بالنكاح، لم تكن محل حل الملك له. وعلى أنه يبطل عليهم بالأم والبنت لأنها لما لم تكن محل حل النكاح، لم تكن محل حل الملك، والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: محلا.

(2) في الأصل مكتوبة فوق السطر.

(3) في الأصل مكتوبة فوق السطر.

مسألة [144]:

[في من مثل بعبده مثلة ظاهرة هل يعتق عليه أم لا؟]

ومن مثل بعبده مثلة ظاهرة قاصدًا لذلك، عتق عليه[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يعتق عليه[2].

واحتج أصحابهما فقالوا: العتق إسقاط، فلا[3] يصح سقوطه بالمثلة، أصله: ما إذا مثل بمن له عليه دين؛ حيث لا يسقط ذلك الدين.

قالوا: ولأن كل جراحة [لا][4] توجب إسقاط الرق إذا كانت على [غير][5] وجه المثلة، فإنها[6] لا توجبه على وجه المثلة. أصله: ما إذا جرح عبد غيره: حيث لا يعتق عليه بإجماع.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه عبد الله[7] بن عمرو بن العاص، قال: كان لزنباع[8] عبد يسمى سندراو[9] بن سندر، فوجده يقتل جارية له فأخذه فجبه[10]، وقطع أنفه، فأعتقه عليه رسول الله ﷺ. ثم قال: عليه

---

(1) ن: التفريع 2 / 24، والتلقين 155، والكافي 2 / 276، والمنتقى 6 / 269، والبداية 2 / 588، وفيها أنه قد قال به: الليث والأوزاعي أيضًا، والقوانين الفقهية 323، وبه قال الحنابلة. ن: المحرر في الفقه 2 / 4.

(2) ن: المنتقى 6 / 269، والبداية 2 / 588.

(3) في الأصل: من لا.

(4) تكملة يقتضيها السياق ويدل عليها ما في آخر المسألة.

(5) تكملة يقتضيها السياق ويدل عليها ما في آخر المسألة.

(6) في الأصل: فإنه.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) هو زنباع بن روح الحذامي، صحابي له حديثان، وعنه ابنه روح وحفيده مسلم بن روح. ن: الخلاصة 130.

(9) ذكر أبو داود في كتاب الديات باب من قتل عبده، أو مثل به أيقاد منه، أن اسمه: روح بن دينار، لا سندراو بن سندر، كما ذكر المؤلف رحمه الله.

(10) الجبّ: القطع، ومنه المجبوب وهو الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه. ن: المغرب=

السلام: «من مثل بعبده أو أحرقه بالنار فهو حر، وهو مولى الله ورسوله»[1].

ومن جهة المعنى، فإنه فعل فعلاً محرمًا، فوجب أن يفعل به شيء يردعه عن مثل ذلك الفعل العظيم، [ولم يتأت][2] أن تكون العقوبة بقصاص، لارتفاع القصاص فيما بينه وبين عبده، ولم يخرجه عن ملكه بالبيع؛ إذ لا عقوبة في البيع، لأنه يأخذ العوض عنه وهو الثمن، فوجب ألا تكون العقوبة إلا بالعتق، ويكون له ولاؤه؛ إذ [عليه][3] عُتِق بالمَثْلَة.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: العتق إسقاط حق، فلا[4] يصح سقوطه بالمَثْلة[5]. أصله: ما إذا مثل بمن له عليه دين. غير لازم. لأنه إذا مثل بغير عبده، فلا بد له من عقوبة، إما في بدنه. وإما في ماله، فإن مثل بحر، وجب عليه القصاص، وإن مثل بعبد غيره لزمه أرش تلك الجناية، وليس كذلك إذا مثل بعبد نفسه؛ إذ لا يلزمه قصاص ولا أرش فلم يبق للعقوبة موضع إلا إعتاقه عليه.

وقولهم: ولأن كل جراحة لا توجب إسقاط الرق إذا كانت على غير وجه

= 74، وتهذيب الأسماء واللغات 47.

(1) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في سنن أبي داود في كتاب الديات باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه بلفظ: «. . . حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: جاء رجل يستصرخ إلى النبي ﷺ فقال: جارية له يا رسول الله، فقال: «ويحك مالك؟»، قال: شرًا أبصر لسيده جارية له، فغار، فجب مذاكيره، فقال رسول الله ﷺ: «علي بالرجل»، فطلب فلم يقدر عليه، فقال رسول الله ﷺ: «اذهب فأنت حر»، فقال: يا رسول الله على من نصرتي؟ قال: «على كل مؤمن» أو قال: «على كل مسلم»، قال أبو داود: الذي عتق كان اسمه روح بن دينار، والذي جبه: زنباع أبو روح مولى العبد.

وأخرجه بلفظ قريب ابن ماجة في كتاب الديات باب من مثل بعبده فهو حر، من حديث عمرو بن شعيب أيضًا.

(2) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

(3) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

(4) في الأصل: ولا.

(5) المُثْلة: التنكيل بجدع الأنف أو قطع الأذن، أو غير ذلك من الأعضاء. ن: القاموس الفقهي 336.

المثلة، فإنها لا توجبه بالمثلة. أصله: ما إذا جرح عبد غيره. غير صحيح، لأنه إذا مثل بعبده[1] فعله أرش المثلة، ولا يعتق عليه فيجتمع عليه عقوبتان. والله أعلم.

* * *

(1) هكذا في الأصل، والظاهر أنه خطأ، والصواب والله أعلم: بعبد غيره كما يدل عليه ما سبق.



كتاب المدبر

مسألة [145]:

[في من دبر عبده وهو صحيح، هل يلزمه تدبيره، ويمنع عليه بيعه أم لا]

ومن دبر عبده وهو صحيح لزمه تدبيره، ولا يجوز له بيعه، ولا نقض تدبيره[1]. **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: يجوز بيعه، ويجوز نقض تدبيره[3].

واحتج أصحابه [هـ 126] بحديث جابر[4] بن عبد الله أن رجلاً من الأنصار أعتق غلامًا له عن دبر، وكان العبد قبطيًا[5]، وكان اسمه مذكورًا[6]، فباعه النبي عليه السلام من نعيم[7] بن النجار بثمانمائة درهم[8]، قالوا: وهذا

---

(1) ن: التفريع 2 / 9 - 10، ورؤوس المسائل لابن القصار 174، وفيها أنه قول أبي حنيفة، وابن أبي ليلى، والتلقين 158، والإشراف 2 / 309، والكافي 2 / 274، والمنتقى 7 / 45، والبداية 2 / 617، والقوانين الفقهية 328.

(2) ن: القدوري 85، والمبسوط 7 / 179، ورؤوس المسائل للزمخشري 543 - 544، والبدائع 4 / 120، ط 2. 74.

(3) ن: الأم 8 / 29 - 32، والتنبيه 146، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 15، وبه قال أحمد، وأهل الظاهر، وأبو ثور. ن: البداية 2 / 617، وهو قول الليث أيضًا، وقيل: إنه مذهب عائشة، ومجاهد، وإسحاق. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 174.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) القبطي نسبة إلى القبط، وهم أهل مصر، وأصل كلمة قبط من اليونانية، ومعناها مصر. ن: شرح غريب المدونة 75. ها: 4.

(6) لم يسمه البخاري. وسماه أبو داود والنسائي بـ «يعقوب» وسمى الذي باعه من الأنصار بـ «أبو مذكور».

(7) لم يسمه البخاري، وسماه أبو داود بـ «نعيم بن عبد الله النحام»، وسماه ابن ماجة بـ «ابن النحام»، والنسائي بـ «نعيم بن عبد الله العدوي».

(8) متفق عليه. أخرجه البخاري في كتاب العتق وفضله، باب بيع المدبر، ومسلم في كتاب الإيمان باب جواز بيع المدبر، وفيه أن العبد قبطي مات في إمارة ابن الزبير، وأخرجه أبو=

نص في موضع الخلاف على جواز بيعه.

وأما من جهة المعنى، فإنهم قالوا: التدبير وصية، والوصية يجوز الرجوع فيها، فيجوز بيعها.

قالوا: وإذا كان حكم التدبير كحكم الوصية، كان وصية حقيقة وحكمًا.

أما الحقيقة، فإنه إيجاب من بعد الموت، **وأما الحكم**، فاعتباره من الثلث.

قالوا: وقد وجد في التدبير حقيقة الوصية وحكمها، فيجوز بيعه والرجوع عنه كسائر الوصايا.

قالوا: ولأن الأصل في الحقوق ألا يتعلق وجوبها بالموت، لأن الموت مسقط للحقوق، والمسقط[1] لا يكون موجبًا بحال؛ إلا أن الشرع أجاز الوصية على خلاف القياس نظرًا للناس، ولطفًا بهم. قالوا: ولا يعترض على هذا الذي قلناه بأم الولد، لأنها لا تعتق بالوصية من الثلث، وإنما تعتق من رأس المال.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، وقوله: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء: 34]، وقوله[2]: ﴿وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾ [الأنعام: 152]. فالتدبير عقد

= داود في كتاب العتق باب بيع المدبر، والنسائي في كتاب البيوع باب بيع المدبر، وابن ماجة في كتاب العتق باب بيع المدبر، كلهم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه. وهذا لفظ أبي داود: «... عن جابر أن رجلاً من الأنصار يقال له: أبو مذكور، أعتق غلامًا له عن دبر، يقال له يعقوب، ولم يكن له مال غيره فدعا به رسول الله ﷺ فقال: «من يشتريه»، فاشتراه نعيم بن عبد الله بن النحام بثمانمائة درهم، فدفعها إليه، ثم قال: «إذا كان أحدكم فقيرًا فليبدأ بنفسه، فإن كان فيها فضل فعلى عياله، فإن كان فيها فضل فعلى ذي قرابته»، أو قال: «على ذي رحمه، فإن كان فضلاً فها هنا وها هنا».

وأخرجه الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في بيع المدبر عن جابر أيضًا، ثم قال: قال جابر: عبدًا قبطيًا، مات عام الأول في إمارة ابن الزبير، ثم وصف الحديث بأنه حديث صحيح.

(1) في الأصل: والسقط.

(2) في الأصل: بقوله.

ألزمه المدبر على نفسه، فلا يجوز له الرجوع فيه ببيع ولا نقض، ولا غير ذلك اعتبارًا بسائر العقود اللازمة[1].

ولأن العتق في أم الولد إنما يعلق بموت سيدها شرعًا، وقالوا: علق العتق في المدبر بموت سيده قصدًا. وإذا كان أحد هذين[2] السببين يمنع البيع ليلاً يبطل العتق، وجب أن يكون الآخر كذلك.

ولأنه مملوك تعلق عتقه بموت سيده مطلقًا، فلم يجز بيعه، اعتبارًا بأم الولد.

ولأن التدبير عقد عتق يوجب ثبوت حق في الحال، فوجب أن يمنع السيد من البيع والنقض لقوة أمر العتق في كونه غير قابل للنقض[3] ولا للفسخ اعتبارًا بعقد الوصية، وأما الوصية فإنها لا توجب ثبوت حق في الحال، لأنها معلقة بشرط موت الموصي من ذلك المرض، وقد يموت منه وقد لا يموت، ومسألة التدبير معلقة بموت لا بد منه على كل حال، وعقد الوصية لا يوجب ثبوت حق في المال[4] [إلا][5] إذا وجد الشرط الذي علقت به الوصية وهو موت الموصي، فإذا لم يوجد الشرط بطلت الوصية، والشرط الذي علق به التدبير لا بد أن يوجد على كل حال، فلهذا جاز الرجوع في الوصية ولم يجز في التدبير.

ولأن المكاتب لا يجوز بيعه بإجماع[6]، فيجب أن يكون المدبر كذلك.

---

(1) كالبيع.

(2) في الأصل: هذا.

(3) في الأصل: للبعض.

(4) غير واضحة في الأصل.

(5) تكملة يرجح أن السياق يقتضيها.

(6) قال في الإقناع 56: «الإشراف: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته غير جائز، وذلك إذا كان ماضيًا في كتابته، موفيًا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها...»، وانظر: رحمة الأمة بهامش الميزان 2 / 217.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث جابر[1]، فإن الأعمش[2] رواه عن سلمة[3] بن كهيل عن عطاء[4]، عن جابر[5]، قال: أعتق رجل من الأنصار غلامًا له عن دبر، وكان محتاجًا وعليه دين، فباعه رسول الله ﷺ بثمانمائة درهم، وأعطاه إياها، وقال له: «اقض بها دينك»[6]. فإذا صح هذا لم يبق في الحديث تعلق، لأننا[7] نجيز بيعه في دين تقدم التدبير.

وأما ما احتجوا به من فصل الوصية، فقد تقدم الجواب عنه، وهو أن عقد التدبير يوجب ثبوت حق في الحال، وعقد الوصية لا يوجب ثبوت حق في الحال على حال مع كون العقدين وصية ومخرجها من الثلث.

ولأن المريض لو أعتق من مرضه عبدًا بَتْلاً[8] لزمه العتق، ولم يكن له الرجوع فيه سوى مات أو عاش، وعتقه إن مات من الثلث بغير خلاف بيننا وبينهم، فوجب أن يكون المدبر كذلك، ولا فرق فيه.

وما احتجوا به من مسألة أم الولد، فإنها تعتق من رأس المال لا من الثلث، والمدبر يعتق من الثلث لا من رأس المال. فكذلك نقول، وإنما أقمنا

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) الأعمش هو أبو محمد سليمان بن مهران، تابعي، أخذ القراءة عن النخعي، وروى عنه ابن أبي ليلى، والأعمش، لقب له. توفي سنة 148 هـ.
ن: الحلية 5 / 46، رقم 288، وتقريب التهذيب 1 / 331، رقم 500.

(3) هو أبو يحيى سلمة بن كهيل الحضرمي الكوفي، رأى ابن عمر، خرج له الأربعة، وروى عن جندب، وأبي جحيفة، وسويد بن غفلة، وعنه ابنه يحيى، وشعبة، وحماد بن سلمة، وثقه أحمد والعجلي، مات سنة 121هـ، عن أربع وسبعين سنة. ن: الخلاصة 149.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) لم أقف عليه بهذا اللفظ ومن هذه الطريق، وهو في الدارقطني في كتاب المكاتب تحت رقم 52 من 4 / 139، عن جابر رضي الله عنه من طريق شريك لا الأعمش كما ذكر المؤلف رحمه الله. ونصه: «إن رجلاً مات وترك مدبرًا ودينًا، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه في دينه، فباعوه بثلاثمائة».

(7) في الأصل: لأن نحنا.

(8) البَتْل: القطع. ن: اللسان / بتل.

الحجة بأم الولد على المدَبَّر، لأن عقد التدبير عقد عتاقة، والاستيلاد في الأمة من السيد الحر عقد عتاقة، فلما لم يجز نقض العقد الذي في أم الولد، لم يجز نقض العقد الذي في المدبر، وإنما كان عتق أم الولد من رأس المال لقوة سبب الإيلاد، لأنها لا تباع في دين لا في حياة السيد ولا بعد موته. والمدبر إنما كان في الثلث لضعف أمره، لأنه يباع في الدين بعد موت سيده إذا لم يترك مالاً غيره، وكان الدين يغترقه.

قال[1] بعض من وافقنا على أن بيع المدبر لا يجوز: المالية في أم الولد مصروفة إلى حاجة سيدها كالمال الذي ينفقه في مرضه على نفسه سواء، والمالية في المدبر غير مصروفة إلى حاجته، فلذلك عتق أحدهما من الثلث، والآخر من رأس المال. فإذا لم يجز بيع أحدهما، لم يجز بيع الآخر، فصح ما قلناه.

* * *

(1) في الأصل: وقال.



كتاب المكاتب

مسألة [146]:

[في المكاتب إذا مات وقد خلف وفاء بكتابته. هل يكون قد مات حرًا أم عبدًا؟]

إذا مات المكاتب وخلف وفاء[1] بكتابته، أو أكثر من ذلك، فإنه قد مات عبدًا، ويبطل عقد الكتابة، وجميع ما ترك لسيده بالرق، لأنه عبد مابقي عليه درهم[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

---

(1) أي ما يفي بما كاتب عليه سيده من أجل حريته.

(2) هذا القول لم أقف على أحد نسبه إلى مالك، وإنما إلى بعض من أهل المدينة كما في الكافي 2 / 295، أو إلى ابن عمر رضي الله عنه، وهو رواية عن أبيه وزيد بن ثابت كما صرح بذلك الباجي في المنتقى 3 / 7.

والذي قال به مالك كما في أكثر المصادر المالكية أنه إذا هلك وترك مالاً أكثر مما بقي عليه من كتابته، وله ولد ولدوا في كتابته، أو كاتب عليهم، ورثوا ما بقي من المال بعد قضاء كتابته. ن: الموطأ 560، والتفريع 2 / 15، ورؤوس المسائل لابن القصار 175، وفيها أنه «مات مكاتبًا لا حرًا ولا عبدًا، رتبة بين رتبتين، وقال الشافعي: «عبدًا ولو كانت له ورثة لم يرثوا ما فضل عن كتابته، وروي قولنا عن علي، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، وابن الزبير، وقيل إن قول الشافعي قول عمر وابنه..»، ولعل مراد المؤلف رحمه الله بالمكاتب هنا: المكاتب الذي مات وليس له أولاد، أو له أولاد أحرار، أو عبيد ليسوا معه في الكتابة، وقد بين في الإشراف 2 / 312 بعض هذا، ففرق بين أن يترك أولادًا معه في الكتابة بالشرط أو بالولادة، وبين أن يترك أولادًا أحرارًا، أو عبيدًا ليسوا معه في كتابته، فقضى في الصورة الأولى بعدم فسخ الكتابة، وفي الصورة الثانية ببطلانها، ويكون ما ترك للسيد، لا لولده الأحرار كما ذهب إلى ذلك أبو حنيفة. وانظر: الكافي 2 / 293 - 294، وفيه تفصيل يحسن الرجوع إليه والاطلاع عليه، وأيضًا: المنتقى 7 / 3 - 4.

(3) قال في الأم 8 / 90: «لم يجز في قولنا إذا مات المكاتب وله مال فيه وفاء من كتابته وفضل، إلا أن تكون كتابته قد انتقضت وماله لسيده، وقد مات رقيقًا». وانظر: التنبيه 147، والوجيز 2 / 290، وهو قول أحمد رضي الله عنه. ن: إيثار الإنصاف 186، والفقه المحرر 2 / 8، وفيه في انفساح الكتابة بملك بعد الموت روايتان..

وقال أبو حنيفة: بل مات حرًا، ويأخذ السيد ما بقي له من نجوم الكتابة، ويرث الباقي من يستحقه من ورثة المكاتب الأحرار[1].

واحتج أصحابه، فقالوا: المكاتب الميت أحد عاقدي الكتابة، فيجب ألا يبطل العقد بموته، كما لو مات السيد فإن الكتابة لا تبطل بموته، ويمشي المكاتب على كتابته، ويؤدي نجومها إلى ورثة مولاه.

قالوا: والدليل على صحة ما قلناه: أن كل عقد لا بد له من متعاقدين، وأحد المتعاقدين في هذه المسألة هو السيد، والآخر المكاتب، فثبت للسيد بهذا العقد حق، ينقلب حقيقة ملك بالاستيفاء[2]، وثبت للمكاتب حق ينقلب حقيقة عتق بالأداء [هـ 127]، وزعم بعضهم أن المعقود[3] عليه في هذه الصورة هو فك الحجر عن العبد، والمعتق في ذلك تابع [. . .][4] ولهذا وجب على العبد العوض في الحال، ولا يتصور وجوب العوض على أحد إلا بعد وجوب المعوض لصاحبه. قالوا: ألا ترى أنه قد حصل بعض المقصود بنفس العقد، وهو فك الحجر، وسلامة الكسب، وكونه مالك نفسه. قالوا: وهذا مثل مبيع سلم إلى مبتاعه، فهلك في يده، وهذا كله ضعيف.

وعمدتهم في هذه المسألة: التعلق بموت السيد، لأنه لا خلاف أن عقد الكتابة يبطل بموته، وهو في غاية القوة لهم.

ووجه قوته: هو أن المكاتب إذا ودى ما عليه من الكتابة إلى ورثة سيده، فإنه يعتق، وعتقه من جهة السيد لا من جهة الورثة، وكأن الحياة قد قدرت في السيد حكمًا لفائدة ثبوت العتق. قالوا: فكذلك يجب أن يكون المكاتب يقدر فيه الحياة حكمًا لفائدة ثبوت العتق فيه. وفائدة عتقه، هو أن يرث ورثته ما بقي من ماله بعد أداء ما بقي من الكتابة.

---

(1) ن: القدوري 87، والمبسوط 7 / 216، ورؤوس المسائل للزمخشري 546، وطريقة الخلاف 302 - 305، والبدائع 4 / 159، ط 2 . 74، وإيثار الإنصاف 185، وفيه: «إذا مات المكاتب عن وفاء لا تنفسخ الكتابة، ويؤدي البدل من ماله، ويحكم بحريته، وحرية أولاده، ويصرف باقي الكسب إلى الأولاد إرثًا، وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما».

(2) أي استخلاص ما بقي على المكاتب من نجوم كتابته.

(3) في الأصل: العقود.

(4) هنا في الأصل: كلمتان ممحوتان لم أهتد إلى إقامتهما.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن عقد الكتابة لو كان باقيًا بعد موت المكاتب لبقي ليحصل العتق. ويحصل[1] العتق في عبد ميت محال، فوجب أن يبطل العقد لفوات فائدته، لأن العقود لا تعقد إلا لفائدة، فإذا تحقق الناس من عتق المكاتب لأجل موته لم يتصور بقاء العقد.

ولأن العتق تصرف في الرق بالإسقاط، والميت لا يكون محلاً للرق حتى يتصرف فيه بعتق أو غيره، ولا يكون محلاً للحرية أيضًا، لأن الحرية والرق صفات ذات، فإذا هلكت الذات بطل بقاء الصفات.

وقد قالوا: إن الكتابة إذا ودّيت بعد موت المكاتب حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، فلهذا يكون ماله لورثته، ولو صح ذلك لعتق من غير استناد إلى حكم. وعلى أنه يبطل عليهم بالمبيع[2] إذا هلك قبل القبض، فإن العقد عندهم يبطل.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن عقد الكتابة لا يبطل بموت السيد، فوجب ألا يبطل بموت المكاتب، وهو معتمدهم في هذه [المسألة][3]، فالجواب عنه: أن قياسهم موت المكاتب على موت السيد، غير صحيح. لأن السيد مالك، والمكاتب مملوك؛ وقد ورد الشرع ببقاء المالكية بعد الموت ولم يرد ببقاء المملوكية، بدليل أن من أوصى بعتق عبد من عبيده فإن المالكية تبقى بعد موته، فينفذ عتقه للعبد ويكون له ولاؤه، وكذلك الحكم في المدَبّر وأم الولد.

وكذلك من مات وعليه دين وله مال، فإن ملكه باق على ماله حتى يقضى عنه دينه. وهذا كله من جانب المالك، فأما من جانب المملوك، فلم يرد الشرع ببقاء المملوكية حكمًا كما زعموا، بدليل ما لو مات العبد الموصى بعتقه، أو المدبر، أو أم الولد قبل السيد، فإن المملوكية لا تبقى؛ إذ لا فائدة في بقائها، وفي بقاء المالكية فائدة كما ذكرنا. وهذا هو الجواب عن بقية كلامهم. والله أعلم.

---

(1) هكذا في الأصل، والظاهر أن الصواب: وتحصيل أو وحصول.
(2) في الأصل: البيع.
(3) تكملة يقتضيها السياق.

مسألة [147]:

[في المكاتب إذا مات وله ولد كاتب عليهم أو حدثوا في كتابته وترك مالاً يفي بكتابته فما الحكم؟]

إذا مات المكاتب وترك ولدًا كاتب عليهم، أو حدثوا في كتابته، وترك مالاً فيه وفاء بكتابته أو أكثر من ذلك، وُدِّي من ذلك المال ما بقي عليه من كتابته، وكان الفاضل لولده الذين معه في الكتابة أو حدثوا فيها على فرائض الله عز وجل، ولا شيء لولده الأحرار الذين لم يكونوا معه في الكتابة[1]. وبه **قال أبو حنيفة** إلا أنه قال: ويرث ولده الأحرار الذين لم يكونوا معه [في][2] الكتابة، مع ولده الذين كانوا[3] في الكتابة، جميع ما ترك على فرائض الله[4].

وقال الشافعي: كل ما ترك[5] لسيده، ولا شيء لأحد من ولده، لأن المكاتب الذي هو أبوهم، إنما مات عبدًا[6].

واحتج أصحابه فقالوا: الحر لا يرث العبد، ولا العبد الحر، ولا الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر، لتباين الحرم، وعدم التساوي.

قالوا: ولأن هذا المكاتب إذا مات لا يخلو أن يكون مات عبدًا فميراثه لسيده، وإن مات حرًا، وجب أن يكون ميراثه من ولده الأحرار الذين كانوا معه في الكتابة، والذين لم يكونوا معه فيها.

قالوا: وقولكم: يكون الميراث للولد الذين معه في الكتابة دون غيرهم

---

(1) ن: الموطأ 560، والتفريع 2 / 15، ورؤوس المسائل لابن القصار 175، والكافي 2 / 294، والمنتقى 3 / 7، والإشراف 2 / 312، والبداية 2 / 604 - 605، والقوانين الفقهية 327، والتلقين 158.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) في الأصل: لم يكونوا.

(4) ن: القدوري 87، والمبسوط 7 / 216، ورؤوس المسائل للزمخشري 546، وطريقة الخلاف 203 - 205، وإيثار الإنصاف 185، والبدائع 4 / 159، ط 2. 74.

(5) في الأصل: ورث.

(6) ن: الأم 8 / 90، والتنبيه 147، والوجيز 2 / 290.

من ولده الأحرار، لا وجه له، لأن فيما قلتموه إسقاطًا للفرض الذي فرضه الله عز وجل بين الوالدين والأقربين على ما بينه الله تعالى في كتابه، وعلى لسان نبيه عليه السلام.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن ولد المكاتب الذين عقد عليهم الكتابة، أو حدثوا في كتابته مساوون له في الحال والحرمة دون ولده العبيد والأحرار، لأنه قد ثبت له بعقد الكتابة عقد ملك. ألا ترى أن السيد يمنع من بيعه، ومن انتزاع ماله، ومن نقض كتابته، ومن وطئها إن كانت أمة. فلما غايرت أحواله أحوال ولده العبيد والأحرار، لأن العبد القن[1] ليس كالمكاتب، لوجود عقد من عقود الحرية في المكاتب، وليس المكاتب أيضًا كالحر [هـ 128]، لأنه قد يعجز فيرجع رقيقًا كما كان، فلما غايرت حرمته، وحاله حرمة ولده الأحرار والعبيد وحالهم، وتساوى حاله وحرمته مع ولده الذين معه في الكتابة، ورثوه دون ولده الأحرار والعبيد، لأن الموارثة موضوعة على تساوي الحرمة والدِّين. وهذا بين واضح إن شاء الله لمن تأمله.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الحر لا يرث العبد ولا الكافر المسلم، لتباين الحرمة وعدم التساوي إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل، فهو كما ذكروا. ولا نقول نحن إن الحر يرث العبد، أو العبد يرث الحر، والكافر المسلم، أو المسلم الكافر، بل نقول: إن الموارثة موضوعة على تساوي الحُرَم؛ وقد أجبنا عن جميع ذلك، وأرينا وجوه الاحتجاج فيه، ولا نحتاج إلى تكرار.

وأما قولهم: لا يخلو المكاتب إذا مات من أن يكون مات عبدًا أو حرًا، إلى آخر ما ذكروه. فالجواب عنه: أن المكاتب ليس بعبد على الإطلاق كسائر العبيد الذين لا عقد حرية فيهم، ألا ترى أن السيد ممنوع من بيعه ومن انتزاع ماله، ومن وطئها إن كانت أمة؟ وليس يُمنع أن يصنع شيئًا من ذلك في العبد القن، وليس هو أيضًا كالحر المحض على الإطلاق، لأن حكمه في الحدود

---

(1) في الأصل: والقن.

والشهادات أحكام[1] العبيد[2]. فصح من هذا أن المكاتب أصل في نفسه، وأنه ليس كالحر في كل شيء، ولا هو كالعبد والسلع والأموال في كل شيء. ألا ترى أن النكاح الفاسد قد أخذ شبهًا من النكاح الصحيح في ثبوت الحرمة ولحوق النسب، وأخذ شبهًا من الزنا لامتناع الميراث، وامتناع وقوع الطلاق فيه، فصح بهذا أن المكاتب ليس حكمه حكم الحر على التحديد[3]، ولا حكمه حكم العبد على التحديد[4]. ألا ترى أن أم الولد ليست كالحرة في كل أحكامها، ولا هي كالأمة في كل أحكامها، وهذا واضح لمن تبينه إن شاء الله.

* * *

(1) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: كأحكام.

(2) حيث ينصف ويشطر حكمه في كل ذلك.

(3) في الأصل: التجديد.

(4) في الأصل: التجديد.

مسألة [148]:

[في من زوج ابنته لمكاتبه، ثم مات هل يفسخ نكاح المكاتب أم لا؟]

إذا زوج الرجل ابنته لمُكاتبِه، ثم مات الأب، انفسخ النكاح[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ نكاحه[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: عقد النكاح به يمنع من انتقال الملك في المكاتب عن السيد إلى غيره، لأنه لو قبل الانتقال، لقبل النقل بالبيع، ولما لم يقبل النقل بالبيع بإجماع[4] لم يقبل النقل بما سواه، وإذا لم يقبل النقل لم يفسخ النكاح.

وعضدوا هذا الفصل بفصل الولاء، فقالوا: أجمعنا نحن وإياكم على أن ولاء هذا المكاتب لسيده الميت الذي هو عاقد الكتابة، ولو انقلبت الكتابة عنه إلى الوارث حتى يفسخ نكاح هذا المكاتب من ابنة سيده، لعتق إذا ودى الكتابة على الوارث، لا على الميت الذي هو عاقد الكتابة، ولو عتق على الوارث لم يكن الولاء للميت، قالوا: وهذا خلاف ما ورد به النص في قوله عليه السلام: «وإنما الولاء لمن أعتق»[5].

---

(1) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 176، والإشراف 2 / 313، والبداية 2 / 611، وفيها: «فقال مالك والشافعي يفسخ النكاح، لأنها ملكت جزءًا منه، وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع، وقال أبو حنيفة يصح النكاح لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب، لا رقبة المكاتب».

(2) قال في الأم 8 / 79: «قال الشافعي رحمه الله تعالى: ولو أن رجلاً أنكح ابنة له ثيبًا برضاها مكاتبه، أو عبده ثم كاتبه، كان النكاح جائزًا، فإن مات السيد وابنته وارثة له، فسد النكاح لأنها قد ملكت من زوجها شيئًا».

(3) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 176، والبداية 2 / 611.

(4) لم أقف على من نقل هذا الإجماع.

(5) متفق عليه من حديث طويل لعائشة رضي الله عنها. أخرجه البخاري في كتاب الطلاق، باب=

قالوا: ولأنه مكاتب ملك نفسه يدًا وكسبًا بعقد صحيح، فوجب ألا ينتقل ذلك العقد إلى عاقده اعتبارًا بالولاء.

قالوا: ولأن أحكام الكتابة باقية، والابنة ممنوعة من استخدام[1] هذا المكاتب الذي هو زوجها، ومن انتزاع ماله ومن بيعه، كما كان أبوها ممنوعًا من ذلك قبل موته، فالمكاتب[2] على حالته التي كان عليها قبل موت سيده، وأن موته لا يغير عليه حكمًا في جزء أحد من الورثة غير الابنة. فوجب أن تكون الابنة كذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الموت[3] إنما أبطل ملك الميت في المحل، ونقله إلى الوارث؛ إذ لا مانع يمنع من النقل، فإذا انتقل بطل النكاح، لأن المرأة ملكت زوجها حسًا وحكمًا، بدليل ما إذا عجز؛ حيث تملكه حقيقة ويتصور الانتقال والملك محسوسًا، حتى إنها يجوز[4] لها أن تتصرف فيه بالبيع والهبة والصدقة وغير ذلك.

ولأن هذا الزوج لو كان عبدًا قنًا لا كتابة فيه، لبطل نكاحه بالموت.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أنها لو كاتبت عبدًا لها، ثم أرادت أن تتزوجه، فإنها تمنع من ذلك، فوجب أن يكون كذلك إذا ورثته، والعلة الجامعة بينهما هو أنه عبد مكاتب في الصورتين جميعًا.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن عقد الكتابة يمنع من انتقال الملك من المكاتب عن السيد إلى غيره، لأنه لو قبل الانتقال لقبل النقل بالبيع.

= لا يكون بيع الأمة طلاقًا، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

وقال في نصب الراية 4 / 149: «أخرجه الأئمة الستة عن عائشة أنها لما اشترت بريرة، اشترط أهلها أن ولاءها لهم، فسألت عائشة النبي ﷺ، فقال: «أعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق».

والولاء قرابة حكمية تنشأ عن إحسان أو عقد. ن: لغة الفقهاء 509.

(1) في الأصل: باستخدام.

(2) في الأصل: فالمكاتبة.

(3) في الأصل: الملك.

(4) في الأصل: لا يجوز.

فالجواب ما تقدم، وهو أن الملك في المكاتب قد انتقل إلى الوارث حسًا، فلا يحتاج إلى تطويل، وأما البيع فإنما لم يجز لوجود المانع من ذلك وهو عقد الكتابة، وتعذر الولاء فيها، وأما انتقال ما كان يملك الميت من الكتابة إلى الوارث، فلا مانع يمنع منه.

واعتراضهم بفصل الولاء، غير لازم، لأن المكاتب إذا ودّى، فإنما يعتق بالعقد الذي عقد فيه السيد الميت، لا بعقد عقد فيه الوارث، لأن الوارث إنما انتقل إليه ما بقي من نجوم الكتابة، فيتقاضاها كما كان السيد يتقاضاها لو كان حيًا، وإذا كان عتقه بالعقد الذي عقد فيه سيده الميت [هـ 129]، كان الولاء للميت؛ إذ الولاء لمن أعتق، وعاقد الكتابة هو[1] المعتق دون الوارث على ما بينا.

ويدل على صحة هذا، أن الميت لو أوصى بعتق عبد بعينه، أنه[2] لا يعتق إلا بعد موته، وبعد النظر في الثلث هل يحمله أو لا يحمله، وهو في ما بين الحالين عبد حتى يعتق من الثلث.

ولأنه لو قتل أو قُتِل، أو جنى أو جُني عليه، لكانت أحكامه في جميع ذلك أحكام عبد. ثم إذا حمله الثلث، وأعتق، فإنما يعتق بالعقد الذي عقد فيه سيده الموصي بعتقه، فيكون له الولاء، ولا ينقل عنه الولاء ما انتقل إلى الورثة من منافعه قبل عتقه من[3] الثلث.

وقولهم: إن أحكام الكتابة باقية إلى آخر ما ذكروه. غلط، لأن الابنة لو أعتقته[4] لنفذ عتقها، ولو أعتقته قبل موت أبيها، لم يجز عتقها، ولم ينفذ، فصح أنها ملكته بعد أن لم تكن مالكة له. والله أعلم.

***

---

(1) في الأصل: وهو.

(2) في الأصل: وأنه.

(3) في الأصل: في.

(4) ربما سقط من الناسخ هنا كلام هو: «بعد موت أبيها».



كتاب أمهات الأولاد[1]

مسألة [149]:

[في حمل الأمة من سيدها الحر ماذا يوجب لها]

حَمْل الأمة من سيدها الحر، يوجب لها حرمة تمنع من بيعها، وهبتها والصدقة بها، فإذا مات عتقت من رأس ماله[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3]، **والشافعي**[4]، **وغيرهما من أئمة الأمصار**[5].

وقال داود[6] **بن علي: بيعها جائز**[7].

---

(1) أم الولد هي الأمة التي ولدت من سيدها الحر. ن: أسهل المدارك 3 / 267.

(2) ن: التفريع 2 / 5، ورؤوس المسائل لابن القصار 174، والتلقين 159، والإشراف 2 / 314، والكافي 2 / 281، والبداية 2 / 621 - 622، والقوانين الفقهية 328 - 329، والمقدمات 3 / 195 - 199، وهو قول عمر وعثمان وأكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار. ن: البداية 2 / 621، وبه قال ابن حزم. ن: المحلى 9 / 217.

(3) قال في المبسوط 7 / 149: «بيع أم الولد باطل في قول جمهور الفقهاء، وكان بشر المريسي ومن تبعه من أصحاب الظواهر رضوان الله عليهم أجمعين يجوزون بيعها»، وانظر البدائع 4 / 129 - 130.

(4) قال في التكملة الثانية للمجموع 39 / 16: «إذا علقت الأمة بولد حر في ملك الواطئ صارت أم ولد، فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها... فإن مات السيد عتقت... وتعتق من رأس المال»، وانظر: التنبيه 148، والوجيز 2 / 294، ورحمة الأمة بهامش الميزان 2 / 218.

(5) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 174، والبداية 2 / 621، والمقدمات 3 / 197، وفي المحلى 9 / 219: «وروي إبطال بيعها عن الشعبي والنخعي، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وسالم بن عبد الله، ويحيى بن سعيد الأنصاري، والزهري، وأبو الزناد، وربيعة، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وسفيان، والأوزاعي، والحسن بن حي، وابن شبرمة، والشافعي، وأبو عبيدة، وإسحاق، وأحمد...»..

(6) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الظاهري، كان متعصبًا للشافعي، ثم انتقل عنه، وصار له أتباع معروفون بالظاهرية، توفي ببغداد سنة 270هـ. ن: طبقات الشيرازي 72، وطبقات العبادي 58.

(7) وبه قال أيضًا من الصحابة: أبو بكر وعلي، وابن عباس، وعبد الله بن الزبير، وعبد الله بن=

واحتج **بحديث جابر**[1] حين قال: «كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد النبي ﷺ، وفي خلافة أبي بكر، وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما»[2].

قال: ولأنا أجمعنا على جواز بيعها قبل علوقها من السيد، فنحن على استصحاب[3] جواز البيع حتى يعلم غيره.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه أبو سعيد[4] الخدري، قال: أصبنا سَبْيًا[5] من سبي أوطاس[6]، فأحببنا الفداء، واشتدت علينا العُزْبة[7]، فكنا نقول: . . . الحديث بطوله[8]، وموضع الدليل منه هو أنهم إنما عزلوا عنهن

= قيس، وأبو موسى الأشعري، وجابر بن عبد الله، وأبو سعيد الخدري، ومن غير الصحابة بشر بن غياث المريسي، وداود القياسي، وابن حبيب من المالكية، والرافضة. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 174، والإشراف 2 / 314، والمقدمات 3 / 198، والمبسوط 7 / 149.

(1) تقدمت ترجمته.

(2) أخرجه أبو داود في كتاب العتق، باب في عتق أمهات الأولاد، بلفظ قريب هذا نصه: «بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا فانتهينا»، وأخرجه ابن ماجة في كتاب العتق باب أمهات الأولاد، بلفظ جاء فيه: «كنا نبيع سرارينا وأمهات أولادنا والنبي فينا حي، لا نرى بذلك بأسًا».

(3) الاستصحاب: هو البقاء على حكم الأصل. ن كتاب الجدل 9، والمنهاج 15.

(4) هو أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري، بايع تحت الشجرة، وشهد ما بعد أحد، وكان من علماء الصحابة، وهو أحد السبعة المكثرين من رواية الحديث، خرج له الأربعة، وروى عنه طارق بن شهاب، وابن المسيب والشعبي ونافع وخلق. قال الواقدي: مات سنة 74هـ، ن: طبقات الشيرازي 51، والخلاصة 135، والرياض 100، وطبقات الحفاظ 19.

(5) السِّبْي والسِّبِي: المأسور للذكر والمؤنث، وهي سبية أيضًا، والجمع سبايا. ن: القاموس الفقهي 166.

وقال في الأنيس 188: «السبي والاستباء: الأسر، وفي لغة الفقهاء 240: هو نساء وصغار العدو الكافر المحارب يؤخذون في الحرب.

(6) أوطاس: واد في بلاد هوازن به كانت غزوة هوازن يوم حنين. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 19.

(7) العُزْبة: شدة الحاجة إلى النساء.

(8) أخرجه مالك في الموطأ في ما جاء في العزل من كتاب الطلاق، وهذا نص لفظه فيه: «عن=

خوفًا من حملهن، لأنهن إذا حملن حرم بيعهن.

وقد روى شريك[1] عن حسين[2] بن عبد الله، عن عكرمة[3]، عن ابن

= ابن محيريز أنه قال: دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري، فجلست إليه، فسألته عن العزل، فقال أبو سعيد الخدري: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق، فأصبنا سبيًا من سبي العرب، فاشتهينا النساء، واشتدت علينا العزبة، وأحببنا الفداء، فأردنا أن نعزل، فقلنا: نعزل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا قبل أن نسأله! فسألناه عن ذلك فقال: «ما عليكم ألا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة».

وأخرجه البخاري في كتاب النكاح باب العزل، وفي كتاب العتق باب من ملك من العرب رقيقًا، ومسلم في كتاب النكاح باب حكم العزل.

(1) المسمون بهذا الاسم كثيرون، ولعل المراد أحد هذين:

شريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي الكوفي قاضيها وقاضي الأهواز، أبو عبد الله. خرج له مسلم والأربعة. والبخاري تعليقًا، وروى عن زياد بن علاقة، وزبيد، وسلمة بن كهيل، وسماك وخلق. وعنه هشيم وعباد بن العوام، وابن المبارك، وعلي بن حجر، وأمم. قال ابن معين: ثقة يغلط، وقال العجلي: ثقة، وقال يعقوب بن سفيان: ثقة سيئ الحفظ، قال أحمد: مات سنة 177هـ.

أو شريك بن عبد الله بن أبي نمر القرشي أبو عبد الله المدني. خرج له البخاري ومسلم، وأبو داود والنسائي وابن ماجة، والترمذي في الشمائل، روى عن أنس وابن المسيب وكريب، وعنه مالك والثوري، ومحمد وإسماعيل ابنا جعفر بن أبي كثير، وسليمان ابن بلال. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث، وقال النسائي: ليس بالقوي. مات سنة 140هـ.

(2) هو أبو عبد الله الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب الهاشمي المدني. خرج له الترمذي وابن ماجة، روى عن كريب وعكرمة وعنه ابن إسحاق وابن جريج، ضعفه ابن معين وأبو حاتم، وقال: يكتب حديثه ولا يحتج به. وقال النسائي: متروك. توفي سنة 141هـ.

ن: الخلاصة 83.

(3) هو أبو عبد الله عكرمة البربري مولى ابن عباس، أحد الأئمة الأعلام، خرج له الستة، روى عن ابن عباس وعائشة، وأبي هريرة، وأبي قتادة، ومعاوية وخلق. وعنه الشعبي وإبراهيم النخعي، وأبو الشعثاء من أقرانه، وعمرو بن دينار، وقتادة وأيوب وخلق. قال الشعبي: ما بقي أحد أعلم بكتاب الله من عكرمة، وثقه ابن معين وأحمد، وأبو حاتم والنسائي والعجلي. مات سنة 105هـ. ن: الخلاصة 270، وطبقات الشيرازي 70، وطبقات الحفاظ 43.

عباس[1] أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل ولدت منه أمته، فهي معتقة عن دبر»[2]. وقال عليه السلام: «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته إلا أن يعتقها في حياته»[3].

ولأن عليًا رضوان الله عليه خطب بالكوفة، وقال: «اجتمع رأيي ورأي عمر، وعثمان، رضي الله عنهما على أن لا تباع أمهات الأولاد، وأنا الآن أرجو جواز بيعهن» فقام إليه عَبِيدَة السلماني[4] فقال له: يا أمير المؤمنين، رأيك مع الجماعة أحب إلينا، فسكت علي رضي الله عنه[5]، مع جلالة قدره، وسعة علمه، فدل سكوته على أنه ترك ذلك الرأي الذي قال، وبقي على الرأي الذي كان عليه مع عمر وعثمان، وعلى هذا درج جماعة العلماء.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينه أن بيعها وهي حامل من سيدها الحر غير

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) أخرجه ابن ماجة في كتاب العتق، باب أمهات الأولاد. قال المحقق محمد فؤاد عبد الباقي: «في الزوائد: في إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، تركه ابن المديني وغيره. وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخاري: إنه كان يتهم بالزندقة».

(3) أخرجه الدارقطني في كتاب المكاتب 4 / 132، تحت رقم 24، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وطريق فيها: أبو أويس، بلفظ هذا نصه بتمامه: «أيما أمة ولدت من سيدها، فإنها إذا مات حرة، إلا أن يعتقها قبل موته».

قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 132: «وأبو أويس فيه لين».

(4) هو عبيدة بن عمرو السلماني. خرج له الستة، وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي والنخعي وابن سيرين. قال ابن عيينة: كان يوازي شريحًا في القضاء والعلم قيل: مات سنة 72هـ، وقيل: 73هـ. ن: الخلاصة 256، وطبقات الحفاظ 22.

(5) ذكره ابن رشد في المقدمات 3 / 197 - 198 من رواية الشعبي عن عبيدة السلماني عن علي رضي الله عنه، والسرخسي في المبسوط 7 / 150، والكاساني في البدائع 4 / 130، ط 2 . 74، من رواية عبيدة السلماني عن علي رضي الله عنه، كلهم بألفاظ متقاربة.

وأخرجه ابن حزم في المحلى بلفظ قريب هذا نصه: «عن عبيدة السلماني قال: خطب علي الناس فقال: شاورني عمر بن الخطاب في أمهات الأولاد، فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن، فقضى به عمر حياته، وعثمان حياته، فلما وليت رأيت أن أرقهن»، قال عبيدة: فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلي من رأي علي وحده.

جائز، فإذا وضعت[1] فهي على الأصل المجمع عليه حتى يعلم خلافه.

ولأنه قد ثبت لها حرمة لاتصالها بحرمة ولدها الحر الذي هو متولد عنها، وهو كبعضها، فلم يجز بيعها، لأنها في معنى من أعتق السيد بعضها، حيث عليه تكميل عتقها.

فإذا ثبت هذا، فما احتج به من حديث جابر[2] فهو حديث تفرد به جابر[3]، ولم يرو عن غيره[4]، وما رويناه أخبار صحيحة متواترة عند أهل النقل والعلماء في كل عصر ومصر إلى زماننا هذا[5].

ولا يعترض علينا بحديث جابر.

وقوله[6]: أجمعنا على جواز بيعها قبل علوقها[7] للحمل. باطل بما أجمعنا عليه من منع بيعها وهي حامل. والله أعلم.

***

---

(1) غير واضحة في الأصل.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) حديث جابر هذا رواه ابن حزم في المحلى 9 / 218 بلفظ مختصر هذا نصه: «كنا نبيع أمهات الأولاد ورسول الله حي فينا لا نرى بذلك بأسًا»، ثم ذكر أنه لا حجة فيه وإن كان غاية في صحة السند، لأنه ليس فيه أن رسول الله ﷺ علم بذلك.

(5) هذه الدعوى العريضة قد لا تسلم للمؤلف، فبعض تلك الأحاديث قد ضعفت، ن: البداية 2 / 622، والبعض الآخر يعسر القول بتواتره، ولعل مراد المؤلف بتواترها تداولها بكثرة بين العلماء وتلقيها منهم بالقبول. والله أعلم.

(6) أي قول المخالف.

(7) أي قبل حملها...

مسألة [150]:

[في من تزوج أمة لغيره فأولدها، ثم اشتراها هل تكون له بذلك أم ولد أم لا؟]

ومن تزوج أمة لغيره، فأولدها، ثم اشتراها، لم تكن له بذلك الولد أم ولد[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: تكون له به أم ولد[3].

واحتج أصحابه، قالوا: سبب كونها أم ولد، نسبتها إلى هذا الزوج الذي أولدها، لقولنا أم ولد له. قالوا: ولما أجمعنا على أن النسبة توجب عتق الولد. فكذلك النسبة توجب عتق الأمة. قالوا: والنسبة فيها مثل النسبة بين الأخوين، فإنه وجد بين الأخوين اتصال بواسطة الأب. قالوا: فكذلك في مسألتنا بين الأب والجارية اتصال بواسطة الولد.

وربما احتجوا بوجوب البعضية بين الأب والأم باعتبار الولد الحاصل بينهما، وبنوه على الأصل المعروف لهم في مسألة الزنا هل يوجب تحريم المصاهرة؟ والكلام عليه يأتي في كتاب النكاح إن شاء الله.

وقالوا: وليس كما إذا ملك أم ولده من زنا، حيث لا تكون له أم ولد، لأن النسبة ليست حقيقية[4]، في هذه الصورة، لفوات النسب في الولد، ولا تعتق الأم. ويعتق الولد وإن كان من زنا لحقيقة البعضية، قالوا: ولا يعتق عليه

---

(1) ن: التلقين 159، والإشراف 2 / 314، والكافي 2 / 283، والبداية 2 / 622، والقوانين الفقهية 329. وبه قال أحمد في رواية. ن: المحرر في الفقه 2 / 11.

(2) ن: التنبيه 148، وفيه أن في المسألتين قولين أحدهما أنها تصير له بذلك أم ولد، والآخر عكسه، والوجيز 2 / 295، وفيه: «لو نكح جارية فولدت ولدًا رقيقًا ثم اشتراها، لم تصر أم ولد له»، وانظر: التكملة الثانية للمجموع 16 / 39.

(3) قال في المبسوط 7 / 154: «وإذا تزوج أمة رجل، فولدت ثم اشتراها، أو ملكها بسبب آخر، صارت أم ولد له عندنا، وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا تصير أم ولد له». وهو رواية عن أحمد. ن: المحرر في الفقه 2 / 11.

(4) في الأصل: حقيقة.

أخوه من الزنا إذا ملكه لضعف البعضية.

والدليـل على صحة ما قلنـاه: قوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها، فهي حـرة عن دبر»[1]، وهذه[2] أمة لم تلـد من سيـدها، وإنما ولدت من زوجها.

ولأنها علقت منه بجنين هو رقيق لسيدها، فلم يثبت لها به حرمة الاستيلاد. دليله: ما إذا علقت به منه من زنا، ثم اشتراها الزاني، فإنها لا تكون له به أم ولد بغير خلاف.

ولأن عتق الأم تبع لعتق الولد، بنص كلام الرسول عليه السلام، وهو في مارية[3] القبطية: «أعتقها ولدها»[4]، فصح من كلامه عليه السلام أنها تبع للولد، فإن الولد هو الأصل في العتاقة، والولد في هذه المسألة التي اختلفنا فيها رقيق لسيد الأمة وهو لا يعتق نفسه، فكيف يعتق أمه، وهذا ظاهر لا إشكال فيه.

ولأن الأم [هـ 130] لما كانت تبعًا للولد كما ذكرنا، فالتبع لا يعتق قبل عتق المتبوع.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن من سبب كونها أم ولد، نسبتها إلى هذا الزوج الذي أولدها، لقولنا أم ولد، إلى آخر ما ذكروه. فالجواب عنه: أن ما قالوه من النسبة صحيح، لكنها نسبة تعريف وتوقيف على أهل اللغة، كعبد

---

(1) أخرجه الدارقطني في كتاب المكاتب تحت رقم 20 بالجزء 4 / 131، عن ابن عباس رضي الله عنه بلفظ قريب جدًا هذا نصه: «أيما جارية ولدت لسيدها فهي معتقة عن دبر منه».

(2) في الأصل: فهذه.

(3) هي أم إبراهيم مارية القبطية بنت شمعون إحدى أمهات المؤمنين. أهداها المقوقس صاحب الإسكندرية ومصر للنبي ﷺ، وأهدى معها أختها سيرين، وولدت لرسول الله ﷺ إبراهيم، ماتت رضي الله عنها في خلافة عمر بن الخطاب سنة 16هـ. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 153 - 154.

(4) أخرجه ابن ماجة عن ابن عباس في كتاب العتق باب أمهات الأولاد، ولفظه بتمامه: «ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها»، وفي إسناده: الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، وفيه مقال كما تقدم.

زيد، ودار عمرو، وثوب خز[1]، وباب ساج[2]، ومشط عاج[3]، وما أشبه ذلك. ونسبة التعريف لا توجب حكمًا مشروعًا. وإذا كان ذلك كذلك، فهي نسبة بلا نسب، والنسبة بلا نسب لا توجب العتق، والدليل عليه جانب الأم. فإن عبدًا لو تزوج امرأة حرة، فأولدها ولدًا، ثم إن الحرة اشترت هذا العبد الذي هو زوجها، فإنه لا يعتق عليها بإجماع.

وبهذه المسألة يبطل عليهم كل ما قالوه وأصلوه، لأنهم جعلوا إجماع الناس في الرحم بسبب النسبة، وانتشار الحرمة بواسطة الولد. فيلزمهم أن يقولوا بعتق الأب في هذه الصورة ولا بد، وإلا فهو تناقض من القول.

وقد زعم بعض[4] الأشياخ أنه في غاية الإشكال عليهم[5].

وما احتجوا به من البعضية، فضعيف جدًا، وباطل بما ألزمناهم[6] في جانب الأب. والله أعلم.

***

---

(1) الخَزّ: ثياب تنسج من صوف وحرير أو نحوه، والخز أصله من وبر الأرنب، ويسمى ذكره الخز وهو قول المنذري، وقيل: الخز ما خلط من الحرير ووبر الأرنب، وسمي ما خالط الحرير من سائر الأوبار خزًا، وهو قول عياض، وقيل: هو ثياب سداها من حرير ولحمتها من غيره. قال ابن حجر: وهو الأصح في تفسير الخز. ن: القاموس الفقهي 116.

(2) الساج: ضرب من الخشب ينبت بالهند، شجره عظيم جدًا. ن: الأنيس 177.

(3) العاج: ناب الفيل. ن: ضياء النبراس 91.

(4) لم أقف عليه.

(5) في الأصل: عليكم.

(6) في الأصل: لزمناهم.

مسألة [151]:

[في من أقر بوطء أمته، هل يلزمه ما أتت به من ولد أم لا؟]

إذا أقر بوطء أمته، لزمه ما أتت به من ولد[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه ولدها، ولا يثبت نسبه منه إلا أن يدعيه[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: إن وطء الأمة متردد بين أحد أمرين: إما لطلب الولد، أو لقضاء وطر الشهوة. والمتردد محتمل، والمحتمل لا يكون حجة. فإن الوطء لو كان حجة في ثبوت النسب، لم يعارضه[4] احتمال آخر وهو قضاء وطر الشهوة. والدليل مع التعارض لا يكون حجة[5].

قالوا: ولأن الإنسان قد يطأ الأمة لطلب الولد، وقد يطأها لقضاء الشهوة، وكلا الأمرين له مطلق. ويدل على صحة هذا أن له أن يعزل عنها، ولا حرج عليه في العزل[6].

قالوا: وأما النكاح فلا يطلب منه إلا الولد، ولا يبتغى منه سواه، بدليل قوله عليه السلام: «تناكحوا فداكم أبي وأمي، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»[7]، فنص عليه السلام على [أن][8] الغرض المقصود من النكاح الولد.

قالوا: ولأن العزل لا يجوز له مع المنكوحة[9]، فبطل في المنكوحة

---

(1) ن: التفريع 2 / 5، والكافي 2 / 281، والقوانين الفقهية 329، والمنتقى 6 / 6.

(2) ن: التنبيه 148.

(3) ن: المبسوط 7 / 155.

(4) في الأصل: يعارض.

(5) أي إذا لم يمكن الجمع، ولا الترجيح، ولا إثبات دعوى النسخ، وإلا عمل بالدليلين، أو الراجح منهما أو الناسخ.

(6) العزل: صرف الماء عن المرأة حذرًا عن الحمل. ن: التعريفات 150، والمغرب 314، والقاموس 250.

(7) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) أي بغير إذنها، أما مع إذنها فهو جائز. ن: التفريع 2 / 46.

الاحتمال الطبيعي بالمتعين الشرعي، فصار الحكم له. قالوا: ووطء الأمة قد وجد فيه الاحتمال طبعًا، فصح الفرق، وبان الصواب.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: في حديث ابن وليدة زمعة[1]: «هو عبد[2] بن[3] زمعة»، ثم قال النبي عليه السلام: «الولد للفراش[4] وللعاهر الحجر»[5]، من بعد أن قال عبد بن[6] زمعة: أخي وابن وليدة أبي، ولد في فراشه، والوليدة في كلامهم: هي الأمة التي يطأها سيدها.

وقوله عليه السلام: «الولد للفراش» إما[7] كناية[8] عن الوطء الذي يكون

---

(1) هو زمعة بن قيس بن عبد شمس القرشي. والد سودة زوجة النبي ﷺ. ن: الإصابة 12 / 323.

(2) لم أقف عليه.

(3) في الأصل: ابن.

(4) الفراش هي: المرأة التي ثبت للزوج حق افتراشها للاستمتاع والاستلذاذ، وصاحب الفراش هو الزوج. ن: الطلبة 119، والمراد بالفراش هنا الزوجية، وعقد الزواج الشرعي.

(5) أخرجه البخاري في البيوع، باب تفسير المشبهات، وباب المملوك من الحربي وهبته وعتقه، وأخرجه في أماكن أخرى من صحيحه عن عائشة وأبي هريرة من حديث طويل.

وأخرجه مسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، وأبو داود في الطلاق، باب الولد للفراش، والترمذي في الرضاع، باب ما جاء أن الولد للفراش، والوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث، والنسائي في الطلاق، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش، وابن ماجة في النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، ومالك في الأقضية باب إلحاق الولد بأبيه، والبيهقي في اللعان باب الولد للفراش ما لم ينفه رب الفراش باللعان. ولفظه في مسلم بتمامه: «اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبهًا بينًا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة».

(6) لم أقف عليه.

(7) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(8) الكناية: كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهرًا في اللغة... وعند علماء البيان هي أن يعبر عن شيء لفظًا كان أو معنى بلفظ غير صريح الدلالة عليه لغرض من=

في الفراش.

وأما من جهة المعنى فنقول: مباشرة النسب التزام لما وضع ذلك النسب له، بدليل سائر الأنساب الشرعية، وذلك أن ولد الأمة مطلوب في الجملة، وإنما يطلب بالوطء، لأنه سببه[1]، ولا يعرف له وجه طلب سواه، فإذا وطئ الأمة فقد طلب ولدها وصارت فراشًا له، فإذا تحقق الطلب جعل المطلوب الذي هو الولد لإخفائه.

ولأن الوطء إذا ظهر وعرف وتحقق لحق الولد بذلك الوطء لأنه سببه[2]. ألا ترى أن من جرح فمات، فإن موته يحال على ذلك الجرح، فيقال: مات من الجرح؛ إذ الجرح هو السبب الظاهر في موته، وإن[3] كان يتوهم أنه مات من سبب آخر، فكذلك ولد الأمة إنما يحال على السبب الظاهر [الذي][4] هو الوطء. والسبب المظنون المتوهم، لا يعارض السبب المعروف المحقق.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن وطء الأمة متردد بين أمرين أحدهما طلب الولد، والآخر قضاء الشهوة، والمتردد المحتمل لا يكون حجة إلى آخر ما ذكروه، فالجواب عنه: ألا تردد ولا احتمال في المسألة مع إقرار السيد بالوطء والإنزال، وأنه لم يستبرىء رحمها من مائه. فأين التردد والاحتمال؟

وقد قدمنا أن وطأه الأمة مقصود منه الولد في الجملة، لأن الوطء[5] ما أبيح في أصل الشريعة إلا لطلب[6] الولد، لأنه سبب عمارة هذا العالم. والحرائر والإماء في ذلك سواء، وقضاء الشهوة تابع لذلك، ألا ترى أن وطء

= الأغراض، مثل قولهم: فلان كثير القرى. ن: التعريفات 187، والقاموس الفقهي 325.

(1) في الأصل: نسبه.
(2) في الأصل: نسبه.
(3) في الأصل: إن.
(4) تكملة يقتضيها السياق.
(5) في الأصل: الموطأ.
(6) في الأصل: طلب.

الأمة لا يجوز إلا في القبل[1] الذي يكون منه الولد؟ دليله: الوطء في النكاح. يبينه أن اختلاف المطلوب مع إيجاز[2] الفعل، واتحاد[3] المحل في غاية البعد، وأما العزل فإنما جاز في الإماء ومنع في الحرائر، لأن الأمة لا حق لها في الوطء على السيد، فجاز له العزل عنها، والحرة لها حق في الوطء، فلذلك لم يجز له العزل عنها، وعلى أنه [إذا][4] أقر بوطء الأمة، وادعى العزل عنها، فإن الولد يلحق به عندنا، لأن العزل يخطئ ويصيب، وقد قال ﷺ حين سئل عن العزل عن الإماء: «ما عليكم ألا تفعلوا، ما من نسمة قدر الله كونها إلا وهي كائنة فاعزلوا [هـ 131] أو لا تعزلوا»[5] فجعل عليه السلام العبرة بالوطء لا بالعزل.

***

(1) القُبُل: العورة الأمامية، ضد الدبر. ن: القاموس الفقهي 294.

(2) هكذا في الأصل.

(3) في الأصل: وإيجاز.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) أخرجه البخاري في النكاح، باب العزل، وفي كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقًا، ومسلم في كتاب النكاح، باب حكم العزل، والموطأ في ما جاء في العزل من كتاب الطلاق؛ من حديث ابن محيريز عن أبي سعيد الخدري.

مسألة [152]:
[في التداعي إذا وقع بين أبوين في إثبات نسب ولد. فما الحكم؟]

ولا يجوز إثبات نسب ولد من أبوين عند التداعي في الولد، وإنما يلحق بواحد منهما[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز إلحاقه بأبوين[3]، **وبه قال سحنون**[4] **من أصحابنا**[5].

واحتج أصحاب أبي حنيفة بما روي عن عمر، وعلي رضي الله عنهما،

---

(1) ن: الفقه الإسلامي وأدلته 7 / 680 - 681، وقال في البداية 2 / 574: «.. الحكم عند مالك إذا قضى القائف باشتراك، أن يؤخر الصبي حتى يبلغ، ويقال له: وال أيهما شئت؟ ولا يلحق واحد باثنين. وبه قال الشافعي، وقال أبو ثور: يكون ابنًا لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه، وعند مالك أنه ليس يكون ابنًا لاثنين، لقوله تعالى: ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾، وانظر: الإشراف 2 / 303.

(2) ن: اختلاف الحديث مع الأم 8 / 658 - 659، والتنبيه 192، والوجيز 2 / 273، والبداية 2 / 680.

(3) قال في المبسوط 7 / 178: «وإذا كانت الأمة وولدها في يد رجل فادعى رجلان، كل منهما يقيم البينة أنه اشتراها منه، ونقد الثمن، وقبضها، فولدت هذا الولد، فإن علم الأول منهما، فالجارية وولدها له لأنه أثبت الحق لنفسه وفي وقت لا ينازعه فيه أحد، وإن لم يعلم فالجارية أم ولدهما، والولد ولدهما لتحقق المساواة بينهما في سبب الملك، وفي نسب الولد، وفي حق أمية الولد للأم». وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته 7 / 680.

(4) هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني الملقب بسحنون. أصله من حمص، كان فقيهًا مالكيًا زاهدًا لا يخاف في الحق سلطانًا، روى المدونة عن عبد الرحمٰن ابن القاسم عن الإمام مالك، وقرأ على ابن القاسم وابن وهب وأشهب، إليه انتهت رياسة المذهب في عصره. توفي سنة 240هـ.
ن: الديباج 2 / 30 - 40، والشجرة 69 - 70، وترتيب المدارك 4 / 45 - 88، والفكر السامي 2 / 98 - 99.

(5) لم أقف على مصدر قوله.

أنهما ألحقا الولد عند التداعي بأبوين[1].

واحتجوا من جهة المعنى فقالوا: النسب لا يقصد لعينه، وإنما يقصد لما يتعلق به من الحقوق، والأحكام، واشتراك الواطئين في طهر واحد جائز غير مستحيل. فإذا صح الاشتراك صح التداعي، فأشبه ما لو تداعيا حقًا من الحقوق التي تتعلق بالنسب مثل النفقة[2]، والميراث، والحضانة[3]، والتربية، وولاية[4] النكاح والمال، والتواصل، والتناصر المعروف بين القرابة خصوصًا فيما بين الآباء والأبناء. فإذا تداعى[5] رجلان شيئًا من هذه الحقوق التي عددناها، وأقام كل واحد منهما بينة، وتكافيا، فإن ذلك الشيء المتداعى فيه يكون بينهما، قالوا: فكذلك إذا تداعيا في الولد، فإنه يلحق بهما، ويكون ابنًا لهما جميعًا.

والدليل على صحة ما قلناه هو: أن ما[6] يستحيل وجوده، لا يحكم بصحة وجوده. دليله سائر المستحيلات.

وبيان الاستحالة: هو أن نسب الولد يتبع [الماء][7] يبينه أن من لا ماء له، لا ولد له، مثل الصبي والخصي، وكذلك لا يثبت النسب في هذه [الصورة][8] بألا يتصور العلوق في مثلها، فولد الإنسان هو الذي يخلق من مائه ويستحيل أن يخلق الولد من ماء [رجلين][9] لأن الولد إذا علقت به أمه من

---

(1) لم أقف عليه.

(2) النفقة اسم من الإنفاق، وهي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال، للطعام، والكساء، والسكنى، والحضانة ونحوها. ن: القاموس الفقهي 358، والأنيس 168.

(3) الحضانة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شؤونه. ن: القاموس الفقهي 93، وقال في المغرب 120: «الحاضنة المرأة توكل بالصبي فترضعه وتربيه». وانظر: التعريفات 88، والأنيس 167.

(4) في الأصل: ولاية.

(5) في الأصل: تدا.

(6) في الأصل: إنما متصلة.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

(9) تكملة يقتضيها السياق.

رجل، استحال أن تعلق به من رجل آخر.

وقد قيل: إن المرأة إذا علقت بالولد، اشتد عليه فم الرحم حتى لا يدخل عليه ماء آخر.

وقد قيل: إنما لا تحيض الحامل لهذا السبب. ولهذا المعنى نقول: إن المرأة إذا ولدت توأمًا فإن خلقهما من ماء واحد بدفقة[1] واحدة، حتى لا يتصور انفصال أحدهما من الآخر، لا في نفي نسب، ولا في إثباته.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به مما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فلم يصح عن أحد منهما الحكم في المسألة على وفق ما ادعوه، وإنما صح عن عمر [أنه][2] دعا القائف[3] في مثل هذه المسألة، فألحق القائف الولد بهما جميعًا، فعلاه عمر بالدِّرَّة[4] فقال: «قد علمت أن الكلبة تلقح من عدة كلاب، ولم أعلم أن المرأة تعلق من رجلين»[5].

وقولهم: إن النسب لا يقصد لعينه، وإنما يقصد لما يتعلق به من الحقوق والأحكام. فالجواب عنه: أن الدعوى إنما وقعت في النسب دون أحكامه أو حق من حقوقه، لأن الحقوق والأحكام فرع للنسب، فلا يصح الإعراض عن الأصول إلى الفروع، لأن الحقوق والأحكام التي تعلقوا بها لا تثبت قط إلا بعد ثبوت النسب، فالنسب على هذا مقصود لعينه، لما اشتمل عليه من الشرف والوُصلة واندفاع المعرة التي تلحق من لا نسب له.

وما تعلقوا به من التداعي والحقوق. فإن البينات إذا تكافأت سقطت،

---

(1) في الأصل: بدفعة.

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) القائف في اللغة من يحسن معرفة الأثر وتتبعه، وعند المذاهب الأربعة: هو الذي يعرف النسب بفراسته، ونظره إلى أعضاء المولود. ن: القاموس الفقهي 309.

(4) الدرّة هي العلقة، أداة كان يضرب بها عمر العصاة. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 104.

(5) حديث ضرب عمر القائف بالدرة أخرجه مالك في الموطأ، في القضاء بإلحاق الولد بأبيه من كتاب الأقضية، عن سليمان بن يسار وليس فيه: «قد علمت أن الكلبة تلقح من عدة كلاب، ولم أعلم أن المرأة تعلق من رجلين».

وأَمَّا[1] المدعى فيه بينهما، فإنه يبطل عليهم بما لو تداعى رجلان في نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما بينة، فتكافأت البينات، فإنهما لا يشتركان في نكاحها بإجماع، فبطل ما قالوه.

* * *

(1) في الأصل: وأن.

مسألة [153]:

[في الحكم بالقافة هل يجوز في إلحاق ولد الأمة أم لا؟]

الحكم بالقافة[1] جائز في إلحاق ولد الأمة[2]. **وبه قال عمر، وأنس[3]، وزيد[4] بن ثابت، وعطاء[5] بن أبي رباح، والشافعي[6]، والأوزاعي[7]، وأحمد[8].**

---

(1) أي بأقوال القافة، والقافة جمع قائف، وقد تقدم بيان معناه قريبًا.

(2) قال في البداية 2 / 574: «فقال بالقافة من فقهاء الأمصار: مالك والشافعي، وأحمد، وأبو ثور، والأوزاعي، وأبقى الحكم بالقافة الكوفيون، وأكثر أهل العراق...»، وقال في المنتقى 6 / 13: «... وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر، فقد قال ابن القاسم في العتبية: تقارب الوطآن أو تباعدا والولد حي، فهو الذي يدعى له القافة، وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة، وبه قال مالك والشافعي، وروي عن عمر وابن عباس، وأنس وعطاء بن أبي رباح، والأوزاعي، ومنع منه الكوفيون، وأكثر أهل العراق، وروي عن عمر وعلي ابن أبي طالب»، وانظر: الإشراف 2 / 301 - 302.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هو زيد بن ثابت بن الضحاك النجاري كاتب الوحي، وأحد نجباء الأمصار، جمع القرآن في عهد الصديق، خرج له الستة. روى عنه ابن عمر، وأنس، وسليمان بن يسار، وابنه خارجة، وخلق. اختلف في تاريخ وفاته، قيل: توفي سنة 45هـ، وقيل: 48هـ، وقيل: 51هـ. ن: الخلاصة 127.

(5) هو أبو محمد الجندي اليماني نزيل مكة عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم. أحد الفقهاء والأئمة خرج له الستة، روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلًا، وعن أسامة بن زيد وعائشة، وأبي هريرة، وأم سلمة، وعروة بن الزبير، وطائفة، وعنه أيوب، وحبيب بن أبي ثابت، وجعفر بن محمد، وجرير بن حازم، وابن جريج، وخلق. قال ابن سعد: كان ثقة عالمًا كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بمكة. توفي سنة 144هـ. ن: الخلاصة 266.

(6) ن: الأم 6 / 265 - 266، والتنبيه 192، والوجيز 2 / 273، والمنتقى 6 / 13، والبداية 2 / 574.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) ن: المحرر في الفقه 2 / 102.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز الحكم بها جملة[1].

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2].

قالوا: ولأن الحكم بها من عمل الجاهلية، ولأن قول القائف من قبيل علم الغيب، والله تعالى عالم الغيب، فلا يظهر على غيبه أحدًا.

ولأن الحكم بالقافة لو كان صحيحًا مشروعًا لنا لم يكن إلى الحكم باللعان بين الزوجين سبيل؛ وقد قال عليه السلام في خبر الملاعنة: «إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو كاذب» ـ يعني الزوج ـ وإن[3] فجاءت به على النعت المكروه، فقال عليه السلام: «لولا آية في كتاب الله لكان لي ولها شأن»[4]، قالوا: فعلم أن الحكم بالقافة لا مدخل له في الشرع.

قالوا: وقد قال عليه السلام للذي أنكر ولده: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «فما ألوانها؟» قال: حمر، قال: «فهل فيها من أَوْرَق؟»[5] قال: نعم. قال: إن فيها لورقًا. قال: «فأنى ذلك؟»، قال: عِرق نزعه[6]، ولم يدع

---

(1) ن: الفقه الإسلامي وأدلته 7 / 680، والمنتقى 6 / 13، والبداية 2 / 574، وقال في رؤوس المسائل للزمخشري 537 - 538: «الحكم بالقافة بالشبه عندنا باطل، وعند الشافعي جائز»، وقال في إيثار الإنصاف 355: «رجلان ادعيا نسبة ولد ثبت نسبه منهما، وقال الشافعي وأحمد: لا يثبت، لكن يلحق بأحدهما بقول القائف»، وانظر: مختصر الطحاوي 358.

(2) تقدم تخريجه.

(3) هكذا في الأصل، ولعلها زائدة.

(4) أخرجه مسلم بلفظ قريب في كتاب اللعان من حديث أنس رضي الله عنه، وهذا نصه: «... سألت أنس بن مالك وأنا أرى عنده منه علمًا، فقال: إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخ البراء بن مالك لأمه، وكان أول رجل لاعن في الإسلام، قال: فلاعنها، فقال رسول الله ﷺ: «أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطًا قضي العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعدًا أحمش الساقين فهو لشريك بن سحماء»، قال: فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعدًا أحمش الساقين».

(5) الأورق من كل شيء: الذي يكون لونه لون الرماد. ن: المغرب 482.

(6) أخرجه مسلم في كتاب اللعان عن أبي هريرة رضي الله عنه. وهذا لفظه بتمامه عنده: «عن أبي هريرة قال: جاء رجل من بني فزارة إلى النبي ﷺ، فقال: إن امرأتي ولدت غلامًا أسود، فقال النبي ﷺ: «هل لك من إبل؟» قال: نعم، قال: «فما ألوانها؟» قال: حمر، قال: «هل=

عليه السلام له قافة.

واحتجوا أيضًا بحديث ابن وليدة زمعة[1]، وأن النبي عليه السلام قضى بغير قافة.

قالوا: ولأن قبول قول [هـ 132] القائف لا يخلو من أمور: إما أن يكون طريق قبول قوله الإقرار، فخطأ. لأن إقرار الغير على الغير غير مقبول، أو يكون طريقه الدعوى، فخطأ أيضًا، لأن من كان خصمًا لا يقبل قوله على خصمه، أو يكون طريقه الشهادة، فخطأ أيضًا، لأن الشهادة لا تكون إلا عن علم، أو يكون طريقه الحكم، فخطأ، لأن الحكم لا يحكم إلا ببينة تثبت عقده[2] مع مدع يدعي حقًا. فقالوا: ففي مجموع هذا ما يدل على أن الحكم بالقافة باطل.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث عائشة رضي الله عنها، أن النبي دخل عليها، وأسارير[3] وجهه تبرق، فقال لها: «ألم تري[4] أن مجزز[5] المُدْلِجي نظر إلى أسامة[6]، وزيد[7]، وعليهما

= فيها من أَوْرَق؟» قال: إن فيها لَوُرْقًا، قال: «فأنى ذلك؟» قال: عسى أن يكون نزعه عرق. قال: «وهذا عسى أن يكون نزعه عرق».

(1) تقدمت ترجمته وتخريج حديثه.

(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: حقه.

(3) في الأصل: فأسارير.

(4) في الأصل: تر، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه من البخاري ومسلم.

(5) في الأصل: محرز، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه من البخاري ومسلم.
ومجزز هو ابن الأعور بن جعدة المدلجي. نسبة إلى مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة، كان قائفًا وكانت القيافة فيهم، والعرب تعترف لهم بذلك. ن: فتح الباري 12 / 48.

(6) هو أبو زيد وأبو محمد أسامة بن زيد بن حارثة. الحب بن الحب، أمه أم أيمن مولاة رسول الله ﷺ وحاضنته. أمره رسول الله ﷺ على جيش عظيم فيه كبار الصحابة وعمره لا يتجاوز 17 سنة. خرج له الستة، روى عنه ابن عباس وإبراهيم بن سعد بن أبي وقاص، وعروة وأبو وائل، وكثيرون. اختلف في وفاته، والذي صححه ابن عبد البر من الخلاف في ذلك أنه مات سنة 54هـ. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 143، والإصابة 1 / 45، وصفوة الصفوة 521، والخلاصة 26.

(7) هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي اليماني، حب رسول الله ﷺ ومولاه، كان ممن بادر=

قطيفة[1]، قد غطت رؤوسهما، وقد بدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[2] ففي هذا الخبر دليلان: أحدهما سروره عليه السلام بقول المدلجي[3]، وهو ﷺ لا يسر بباطل، ولا يقر على باطل. والثاني: أنه عليه السلام، لم ينكره على المدلجي[4]، ولا نهاه عنه؛ بل سر به وأقره عليه، ولما أقره عليه ثبت النسب بذلك الإقرار.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «الولد للفراش»[5] إنما أراد به عليه السلام الفراش المعهود الكائن على الوجه الجائز.

وقولهم: إن النبي عليه السلام، حكم بين الزوجين باللعان، ولم يحكم بالقافة. فهو صحيح كما قالوا، وإنما حكم بينهما عليه السلام باللعان لنص كتاب الله تعالى عليه. ونحن إنما نحكم بالقافة في موضع لا نص فيه، ولأن اللعان إنما هو موضوع للنفي، والحكم بالقافة للإثبات[6]، فلم يشتبها[7]، ولم يصح الجمع بينهما، ولم يأت[8] قياس أحدهما على الآخر.

واحتجاجهم بقوله عليه السلام للذي أنكر لون ولده: «فلعل هذا عرق نزعه»[9]، ولم يدع له القافة، فإنما كان ذلك كذلك، لأن السائل لم يشاركه أحد في فراشه، ولا نازعه أحد في ولده، وإنما يحكم بالقافة في موضع

= فأسلم من أول يوم، شهد بدرًا، وقتل بمؤتة أميرًا سنة 8 هـ، له أربعة أحاديث، روى عنه أنس، وابن عباس وغيرهما، خرج له النسائي وابن ماجة. ن: الخلاصة 127.

(1) القطيفة دثار مخمل والجمع قطائف وقطف. ن: المغرب 388.

(2) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الفرائض، باب القائف، ومسلم في كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدم تخريجه.

(6) في الأصل: الإثبات.

(7) في الأصل: يشبهما.

(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: يتأت.

(9) تقدم تخريجه.

التداعي، يتداعى الوليد رجلان على ما تقدم من الشرح. وعلى الجملة فكل ما احتجوا به مكابرة[1] للنص، ورد لحكم سُرّ به النبي ﷺ. والله أعلم.

* * *

(1) المكابرة المعاندة، وعدم الخضوع للحق وإن ظهر، أو هي كما قال في ضوابط المعرفة 454: «هي المنازعة لا لإظهار الصواب، ولا لإلزام الخصم، ولكن لإظهار الفضل»، ثم قال: «فمن المكابرة منع البديهيات، وعدم التسليم بها، ومن المكابرة عدم التسليم بالتصديقات النظرية التي أقام المعلل عليها دليلاً صحيحًا لا يتطرق إليه الخلل بوجه من الوجوه، ومن المكابرة منع الدليل جملة واحدة، أو منع مقدمة غير معينة منه، ومن المكابرة نقض دليل بلا شاهد...».



كتاب الولاء

مسألة [154]:

[في من أعتق عبده عن رجل، هل يكون ولاء عبده له أو لذلك الرجل؟]

ومن أعتق عبده عن رجل، كان ولاء العبد لذلك الرجل، أعتقه بأمره أو بغير أمره، وكذلك من أعتق عبده سائبة[1] لله عن المسلمين، فولاؤه لهم[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: الولاء للذي أعتق في السؤالين جميعًا، ولا ولاء للمعتق عنه ولا للمسلمين[3].

واحتج أصحابهما بقوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق»[4]. قالوا: ولفظة إنما للحصر والجمع، كقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا ٱلْمَسِيحُ عِيسَى ٱبْنُ مَرْيَمَ﴾ [النساء: 171]، و﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾ [النساء: 171]، و﴿إِنَّمَآ أَمْرُهُۥٓ إِذَآ أَرَادَ شَيْـًٔا أَن يَقُولَ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ﴾ [يس: 82]، قالوا: وهذا كقولهم: إنما الجميل يوسف، وإنما الكريم حاتم، وإنما الشجاع عنترة، وما أشبه ذلك.

---

(1) أي قال له: أنت سائب يريد بذلك العتق، والحرية لوجه الله عن المسلمين.

(2) ن: التفريع 2 / 27، ورؤوس المسائل لابن القصار 174، والتلقين 156، والإشراف 2 / 306، والكافي 2 / 279 - 280، والمنتقى 2 / 286، وفيه: «ومن أعتق عبده سائبة، فمعناه أنه أعتقه عن جماعة المسلمين فثبت ولاؤه لهم. وبه قال عمر، وابن عمر، وابن عباس، وبه قال: ابن القاسم ومطرف. وقال ابن حبيب وابن نافع وابن الماجشون: ولاؤه لمعتقه، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وروى في العتبية يحيى بن يحيى عن ابن نافع أنه قال: لا سائبة عندنا اليوم في الإسلام، ومن أعتق سائبة فولاؤه له»، وانظر البداية 2 / 578.

(3) ن: المبسوط 8 / 99، والبدائع 4 / 166، ط 2 . 74، والأم 8 / 91، ومختصر المزني مع الأم 8 / 431، والتنبيه 149، والوجيز 2 / 279، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 42 - 44.

(4) قال في نصب الراية 4 / 149: «أخرجه الأئمة الستة عن عائشة أنها لما اشترت بريرة، اشترط أهلها أن ولاءها لهم فسألت عائشة النبي ﷺ فقال: «اعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق» والولاء: قرابة حكمية تنشأ عن إحسان أو عقد. ن: لغة الفقهاء 509.

قالوا: ولأن الذي أعتق هو المباشر للعتق حقيقة، فلم يكن لغيره[1] ولاء. دليله: ما إذ لم يعتق عبده.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن المُعْتِق قد مَلّك الرجلَ المُعتَقَ عنه العبد المعتق فكان له ولاؤه، لأن المُعْتِق كالوكيل، وكذلك من أعتق عبدًا له سائبة لله تعالى عن المسلمين، فإن ولاءه لهم، لأنه كالوكيل لهم، ويكون المسلمون[2] عصبة يرثونه ويعقلون عنه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قول الرسول ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق»[3]، فهذا[4] المُعتَقَ عنه هو المعتِق حكمًا، وإن كان غيره معتقًا حسًا، لأن الذي باشر العتق وكيل له حكمًا. وهذا بعينه هو الجواب عن قولهم: إنما للحصر والجمع.

وقولهم: إن الذي أعتق هو المباشر للعتق حقيقة إلى آخر ما ذكروه. فهو باطل بمن أعتق عبدًا، ثم مات المعتق فإن ولاء العبد لورثة الميت المذكور وهم لم يعتقوه ولا باشروا العتق.

ولو جنى هذا العبد جناية لكانت جنايته على ورثة مولاه الذي أعتقه لأنهم يرثونه ويعقلون عنه.

وكذلك الجواب عن السائبة، لأن السيد الذي أعتقه وقفه على جماعة المسلمين، فأشبه ذلك الأحباس والوقوف.

* * *

(1) في الأصل: له.
(2) في الأصل: المسلمين.
(3) تقدم تخريجه.
(4) في الأصل: وهذا.

كتاب الفرائض والمواريث

مسألة [155]:

[في ذوي الأرحام هل يرثون أم لا؟]

لا ميراث لذوي الأرحام(1). **وبه قال الشافعي**(2).

وقال أبو حنيفة: يرثون(3). وبه قال أكثر [أهل](4)

---

(1) الأرحام جمع رحم، وهو القرابة. ن: القاموس / رحم. وذوو الأرحام هم ذوو القرابات مطلقًا في اللغة، وفي اصطلاح الفرضيين هم: كل قريب ليس ذا فرض ولا عصبة كالخال والعمة. ن: التحقيقات المرضية 260.

قال في التفريع 2 / 348: «ولا يرث أحد من ذوي الأرحام مع العصبة، ولا ذوي السهام...»، وانظر: رؤوس المسائل لابن القصار 177 - 178، وفيها أنه بقول مالك قال الشافعي، والزهري، والأوزاعي، وداود، ومن الصحابة زيد بن ثابت، وحكي عن عمر وابنه عبد الله ما يدل عليه. وانظر أيضًا: التلقين 169، والإشراف 2 / 328، والكافي 2 / 338، والمنتقى 6 / 243، والمقدمات 3 / 142 - 143، والبداية 2 / 550، والقوانين الفقهية 330، وبه قال سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، من التابعين. ن: المبسوط 3 / 30.

(2) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 238، والتنبيه 151، والوجيز 1 / 260، وقال في التكملة الثانية للمجموع 16 / 55: «وأما ذوو الأرحام، وهم ولد البنات وولد الأخوات، وبنات الإخوة، وولد الإخوة للأم، والخال، والخالة، والعمة، والعم للأم، وبنات الأعمام، وكل أحد بينه وبين الميت أم، ومن يدلى بها ولاء. فاختلف أهل العلم في توريثهم على ثلاثة مذاهب، فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنهم لا يرثون بحال، وبه قال من الصحابة: زيد ابن ثابت، وابن عمر، وهي إحدى الروايتين عن عمر، ومن الفقهاء الزهري، ومالك، والأوزاعي، وأهل الشام، وأبو ثور...».

(3) ن: المبسوط 30 / 2 - 3، وفيه أنه قد قال بتوريثهم من الصحابة رضوان الله عليهم: علي، وابن مسعود، وابن عباس في أشهر الروايات عنه، ومعاذ بن جبل، وأبو الدرداء، وأبو عبيدة ابن الجراح، ومن التابعين: شريح، والحسن، وابن سيرين، ومجاهد، ومن الفقهاء: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وزفر، وعيسى بن أبان، وأهل التنزيل. وقال به أيضًا: النووي. ن: التكملة الثانية للمجموع 16 / 56، وأحمد وإسحاق. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 178.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

الحديث[1].

واحتج أصحابه، بقوله عز وجل: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: 7]. وبقوله عز وجل: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ[2] بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: 75].

قالوا: وأولوا الأرحام والأقربون من القرابة، وهم بعض من يرثه الوالدان [هـ 133] والأقربون على ما علم من مذهبهم في مسائل الفروع.

واحتجوا أيضًا بقوله عليه السلام: «الخالة أم»[3]، ومعلوم أنها ليست أمًا حقيقية، وإنما أراد عليه السلام أن لها حكم الأم، فهو على عمومه.

وقد قال عليه السلام: «الخال وارث من لا وارث له، يرثه ويعقل عنه»[4].

قالوا: وقد ورث النبي عليه السلام أبا لبابة[5] ابن المنذر من خاله أخي

---

(1) كالإمام أحمد، وإسحاق. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 178.

(2) في الأصل: أولا.

(3) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وفي الدارمي أن عمر أتي في عم لأم وخالة، فأعطى العم للأم الثلثين وأعطى الخالة الثلث. ن: التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 100.

وفي الدارقطني في كتاب الفرائض والسير 4 / 99 - 100، تحت رقم 100: «عن الشعبي قال: قال زياد بن أبي سليمان لجليس له: هل تدري كيف قضى عمر في العمة والخالة؟ قال: لا. قال: فإني لأعلم خلق الله كيف قضى فيهما عمر: جعل الخالة بمنزلة الأم، والعمة بمنزلة الأب.

(4) قال في طريق الرشد 2 / 120: «رواه أحمد وأبو داود، والنسائي وابن ماجة، وابن حبان والحاكم وصححاه. قال أبو داود رحمه الله في سننه، باب في ميراث ذوي الأرحام: حدثنا حفص بن عمر قال: حدثنا شعبة عن بديل عن علي بن أبي طلحة، عن راشد بن سعد عن أبي عامر الهوزني عبد الله بن يحيى عن المقدام (بن معديكرب): قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كلًّا فإلي، وربما قال: إلى الله ورسوله ، ومن ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه»، وحسنه أبو زرعة الرازي، وأعله البيهقي بالاضطراب».

(5) هو أبو لبابة الأنصاري واسمه بشير أو رفاعة بن عبد المنذر الأوسي، نقيب جليل، خرج له البخاري، وأبو داود وابن ماجة، له 15 حديثًا، روى عنه ابن عمر، وابناه السائب =

أمه حين مات[1] فدل ذلك على أن ابن الأخت يرث.

وأما من جهة المعنى، فإنهم قالوا أجمعنا على أن ابن الأخ للأب يقوم مقام أبيه، فوجب كذلك أن يكون ابن الأخ للأم، قالوا: والمعنى الجامع بينهما هو أنه ذكر أدلى[2] بذكر إلى ميت، وذلك الذكر للولاية[3] يدلي بنفسه ويرث، فوجب أن يدلي من يرثه كما أدلى هو بمن فوقه.

قالوا: ولأن ذوي الأرحام قد اجتمع فيهم[4] سببان: القرابة والإسلام، فكانوا أحق من جماعة المسلمين الذين[5] ليس فيهم إلا سبب واحد وهو الإسلام. قالوا: والمواريث مبنية على قوة الأسباب. ألا ترى أن الأخ للأب والأم لما اجتمع فيه سببان: الأبوة والأموة كان أدلى[6] ممن[7] للأم أو[8] للأب الذي [ليس][9] فيه إلا سبب واحد.

قالوا: وقد أجمعنا على أن الجدة للأم ترث[10]. فإنما[11] أدلت بأنثى ذات رحم، فوجب أن تكون بنت البنت مثلها، لأنها أدلت بأنثى ذات رحم، وتلك الأنثى التي أدلت بها وارثة، وكذلك بنتها، فيجب أن ترث مع سلامة الحال.

= وعبد الرحمٰن، وجماعة. مات في خلافة علي كرم الله وجهه. ن: الخلاصة 458، والرياض 274.

(1) ذكره السرخسي في المبسوط 3 / 30، وسمى ابن الأخت: بن عبد الله المنذر، وخاله أخا أمه: ثابت بن الدحداح.

(2) في الأصل: أدلا.

(3) هكذا في الأصل.

(4) في الأصل: فيه.

(5) في الأصل: الذي.

(6) في الأصل: أدلا.

(7) في الأصل: من.

(8) في الأصل: و.

(9) تكملة يقتضيها السياق.

(10) انظر الإجماع 34.

(11) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: وهي إنما.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النساء: 11] إلى آخر آية المواريث. فنص الحق سبحانه على فروض ذوي السهام، وتولى بيان ذلك بنفسه، ولم يكله إلى غيره، ولم يتعرض جل وعز لذكر أحد من ذوي الأرحام.

ولأن هذا العلم لا يؤخذ قياسًا إذ لا مجال فيه للقياس، وإنما يؤخذ توقيفًا من كتاب أو سنة، أو عقد إجماع؛ وقد نص الكتاب على فروض من ذكرناه ونصت[1] السنة على أن ما فضل عن ذوي السهام فللعصبة[2] ويعضد هذا قوله ﷺ في حديث جابر[3]: «إن العمة لا ترث»[4].

وقد جاءت الجدة أم الأم إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله فرضها، فقال لها: «لا أجد لك في كتاب الله شيئًا»[5]، وجاءت الجدة أم الأب إلى عمر رضي الله عنه فقال لها مثل ذلك[6].

وأما من جهة المعنى، فإن ابنة الأخ لا ترث مع أخيها شيئًا[7]، ولما لم ترث معه في حال الاجتماع، فوجب ألا ترث في حال الانفراد. ألا ترى أن

---

(1) في الأصل: ونصبت.

(2) وذلك فيما أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب ابن عم أحدهما أخ للأم. . .، ومسلم في كتاب الفرائض باب ألحقوا الفرائض بأهلها من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ونصه: «قال رسول الله ﷺ: ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولي رجل ذكر».

(3) تقدمت ترجمته.

(4) لم أقف عليه.

(5) جزء من حديث طويل أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض باب الجدة، والترمذي في أبواب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة، وقال: «هذا حديث حسن صحيح».

(6) هو جزء من الحديث السابق.

واستشهاد المؤلف رحمه الله بما استشهد به من الحديث السابق، وهو قوله: «لا أجد لك في كتاب الله شيئًا»، يشعر بأن الجدة لا ترث، والحقيقة أنها وارثة بالسنة بدليل ما ورد في أثناء الحديث نفسه من قول المغيرة بن شعبة، ومحمد بن مسلمة: «حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس»، وإنفاذ أبي بكر ذلك السدس لها.

(7) في الأصل: شيء.

الأخت لما ورثت مع أخيها[1] في حال الاجتماع ورثت في حال الانفراد؟

ولأن ميتًا لو ترك بنت أخ، وابن ابن ابن ابن العم وإن بعد، فلا شيء لابنة الأخ في هذه الصورة بإجماع، ولما لم ترث مع قرب قعدتها من الميت وبعد من ذكرناه، لم ترث في حال الانفراد.

وقد قدموا مولى العتاقة في الميراث على ذوي الأرحام، مع كون الولاء فرعًا للنسب في الميراث، وكان الواجب على أصلهم ألا يقدم هذا الفرع على أصله، ولما[2] قدموه دل ذلك على أن لا ميراث لذوي الأرحام جملة، وهذا الفصل في غاية الإشكال.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: 75] فالآية إنما نزلت على سبب، وذلك أنهم كانوا في أول الإسلام يتوارثون بالنصرة والهجرة والموالاة[3]، فنسخ الله ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، ثم نسخ الله ذلك بآية المواريث، وهو قوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، وكذلك عموم قوله عز وجل: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: 7] مخصوص بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11]، ومبين ما للرجال مخصوصين مما للنساء مخصوصات.

وقولهم: إن ولد الأخ للأب يدلي بأبيه، فوجب أن يكون ولد الأخ للأم كذلك. غير صحيح، لأن ولد [الأخ][4] للأب[5] يدلون أبدًا بأبيهم وإن سفلوا، وليس كذلك ولد الأخ للأم فإنهم لا يدلون بأبيهم في هذه الصورة.

---

(1) في الأصل: أخوها.

(2) في الأصل: ولم.

(3) في الأصل: الموالات.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) في الأصل: الأب.

واحتجاجهم بقوله عليه السلام: «الخالة أم»[1] إنما أراد به الحنان والرحمة واللطف والحضانة لا أن الخالة ترث.

واحتجاجهم بقوله عليه السلام: «الخال وارث من لا وارث له، يرثه ويعقل عنه»[2]. غير لازم، لأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن الخال الذي ليس من بني العم، ولا من الموالي أنه لا يعقل عن ابن أخته.

وأما حديث أبي لبابة[3] إن صح فهو في قضية عين لا يقاس عليها؛ وقد قال أبو[4] سليمان الخطابي في كتاب «معالم السنن»، وذكر حديث أبي لبابة: إنما هو طعمة أطعمها النبي عليه السلام أبا لبابة، لا أن الخال يرث[5].

وقولهم: إن المواريث مبنية على قوة السبب، بل مبنية على القرابة لقوم مخصوصين بالكتاب والسنة، وهم أهل الفرائض والسهام في كتاب الله تعالى، وأما الجدة للأم فإنما ورثها الصديق من بعد أن قال لها: «لا أجد لك في كتاب الله شيئًا»[6]. والله أعلم.

* * *

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تقدمت ترجمته وتخريج حديثه.

(4) هو الإمام العلامة المفيد المحدث الرحال: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البُسْتي، صاحب التصانيف. ثقة ثبت من أوعية العلم، من مؤلفاته الكثيرة شرح البخاري ومعالم السنن وغريب الحديث. سمع أبا سعيد الأعرابي، وأبا بكر بن داسة، والأصم، ومنه الحاكم، مات رحمه الله ببوست سنة 388هـ. ن: طبقات الحفاظ 404، والرسالة المستطرفة 44، وطبقات العبادي 94.

(5) لم أقف على ذكر لحديث أبي لبابة في كتاب الفرائض لا في سنن أبي داود، ولا في شرحها: معالم السنن للخطابي كما ذكر المؤلف رحمه الله.

(6) تقدم تخريجه.

مسألة [156]:

[في الجد هل يحجب الإخوة والأخوات أم لا؟]

الجد لا يحجب الإخوة والأخوات[1]. **وبه قال الشافعي[2]، وهو قول عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود[3]، وزيد[4] بن ثابت.**

وقال أبو حنيفة: يحجبهم[5]، وبه قال شريح[6] القاضي،

---

(1) ن: التفريع 2 / 343، وقال في رؤوس المسائل لابن القصار 182: «الجد يقاسم الإخوة فيرثون معه، ولا يحجبهم، وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن مسعود، وزيد والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأحمد، وروي عن أبي بكر، وابن عباس، وعائشة، وعبد الله بن الزبير، ومروان، ومعاذ، وأبي موسى، و... أن الجد يسقط الإخوة، وبه قال أبو حنيفة والمزني، وطاوس، وعطاء». وانظر: التلقين 175، والإشراف 2 / 332، والكافي 2 / 351، والمنتقى 6 / 232 - 233، وفيه أنه قد قال به أيضًا: الأوزاعي والثوري، والمقدمات 3 / 145، والبداية 2 / 559، والقوانين الفقهية 335.

(2) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 240، والتنبيه 154، والوجيز 1 / 263، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 116، وهو قول ابن أبي ليلى. ن: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى 84.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) قال في المبسوط 29 / 179 - 180: «قال رحمه الله: قال أبو بكر الصديق وعائشة، وعبد الله بن عباس، وأبي بن كعب، وأبو موسى الأشعري، وعمران بن حصين، وأبو الدرداء، وعبد الله بن الزبير، ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين: الجد عند عدم الأب يقوم مقام الأب في الإرث والحجب، حتى يحجب الإخوة والأخوات من أي جانب كانوا»، وهو قول شريح وعطاء، وعبد الله بن عتبة، وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله»، وبه قال أيضًا: أبو ثور، والمزني وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجماعة. ن: البداية 2 / 559، وكذا عثمان البتي وإسحاق، وابن جرير الطبري. ن: التكملة الثانية للمجموع 16 / 116.

(6) هو أبو أمية شريح بن الحارث الكندي الكوفي القاضي، ولاه عمر قضاء الكوفة، قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. توفي سنة 82هـ، وقيل غير ذلك.

ن: تاريخ أسماء الثقات 163، وطبقات الشيرازي 80، والخلاصة 165.

ومحمد[1] بن جرير الطبري [هـ 134]، وقد روي مثله[2] عن أبي بكر، وعائشة، ومعاذ[3]، وابن عباس[4].

واحتج من نص هذا القول بقوله عز وجل: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: 11]، وبقوله عز وجل: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: 11].

قالوا: والجد يقع عليه اسم الأب بدليل قوله عز وجل: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: 78].

قالوا: ولأنه يأخذ سدس المال مع ولده الذكور، فلو ورث الإخوة مع الجد لقام أولادهم الذكور مقامهم كأولاد الصلب؛ وقد ثبت أنه لو مات رجل وخلف جده وابن أخيه فإن المال كله للجد، وليس لابن الأخ شيء بخلاف ولد الصلب لأنهم يرثون مع الجد، فقام أولادهم مقامهم.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: 7]، فأثبت للمقربين من الرجال نصيبًا، والآية على عمومها وشمولها.

وأما من جهة المعنى فإن الإخوة للأب والأم، أو للأب[5]، قد شابهوا الأولاد في كثير من الفرائض، منها: أن الأخ يعصب أخته[6]، ومنها الإخوة

---

(1) هو أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، صاحب التاريخ والمصنفات الكثيرة في التفسير وغيره. مات رحمه الله سنة 310هـ. ن: طبقات الشيرازي 93.

(2) في الأصل: منه.

(3) هو أبو عبد الرحمٰن معاذ بن جبل بن عمرو الخزرجي، قال عمر رضي الله عنه فيه: «من أراد أن يسأل عن الفقه، فليأت معاذ بن جبل». خرج له الجماعة، مات بناحية الأردن في طاعون عمواس سنة 18هـ أو 19هـ عن 33 سنة.

ن: طبقات الشيرازي 45، وصفوة الصفوة 1 / 489، والخلاصة 379 - 380، والرياض 250.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) في الأصل: الأب.

(6) في الأصل: أخيه.

والأخوات يحجبون الأم من الثلث إلى السدس كالولد سوى، ومنها الأخت الواحدة ترث النصف والاثنتين[1] فصاعدًا الثلثين، كما أن الابنة الواحدة لها النصف، وللابنتين فصاعدًا الثلثان[2].

ولأن الأخ ذكر يعصب أخته، فوجب ألا يسقط ميراثه مع الجد، دليله الولد.

ولأن الجد أحد أبوي الأب فلم يكن له قوة يحجب بها الإخوة عن الإرث، دليله الجدة أم الأب.

ولأن الجد ذكر لا يرث مع الأب شيئًا، فلم يسقط معه ميراث الإخوة، دليله العم.

ولأن الأخ أقرب إلى الميت من الجد، لأن الجد أبو أبي[3] الميت، والأخ ابن أبي[4] الميت، ومعلوم أن ابن أبي الميت، أقرب إلى الميت من أبي الأب.

ولأن ابن الأخ مقدم على العم؛ وقد علم أن ابن الأخ إنما يدلي بالأخ، والعم إنما يدلي بالجد، فلما كان الذي يدلي بالأخ مقدمًا على العم الذي يدلي بالجد، وجب ألا يسقط الأخ مع الجد.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من أن الجد يسمى أبًا فهو كذلك، إلا أنه اسم مجاز[5]، والأب الحقيقي هو أبو الولادة. وأن الجد يأخذ السدس من المال مع ولد ولده الذكور، فهو صواب وكذلك نقول.

وقولهم: لو ورث معه الإخوة، لقام أولادهم مقامهم، غير لازم، لأن ميراث التعصيب إنما يستحقه الأقرب فالأقرب. ألا ترى أن الجد أولى[6] به من

(1) في الأصل: وللبنتين.
(2) في الأصل: الثلثين.
(3) في الأصل: ابن.
(4) في الأصل: أبو.
(5) هكذا في الأصل: ويحتمل أن الصواب: مجازي.
(6) في الأصل: أولا.

العم، والعم أولى[1] به من ابن العم على ما علم من باب الحجب من الفرائض. وهذا هو الجواب عن قولهم: إنه لو مات ميت، وخلف جده وابن أخيه، فإن المال كله للجد، وليس لابن الأخ شيء، ويلزمهم على ما قالوا بأن يقوم الجد مقام الأب في جميع الأحكام، وقد قالوا: إن الصغير يكون مسلمًا بإسلام أبيه، ولا يكون مسلمًا بإسلام جده، وأن الأب يجر[2] الولاء، ولا يجره[3] الجد، وأن الجد لا يشارك الأب في النفقة على ولده، وأن المرأة لو توفيت وخلفت زوجًا وأبوين: فإن للزوج النصف، وللأم ثلث ما يبقى، وما بقي للأب[4]، ولو كان مكان الأب جد لكان للأم ثلث جميع المال، وما بقي للجد، فلم يجعلوا الجد كالأب في شيء من هذه الأسولة، وهو إلزام صحيح والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: أولا.
(2) هكذا في الأصل، ولم أتيقن المراد منه.
(3) هكذا في الأصل، ولم أتيقن منه.
(4) هذه المسألة هي المعروفة بإحدى الغراوين في الفرائض، والغراء الثانية أن يخلف الهالك زوجة وأبوين، وهما معًا من المسائل الشاذة في الفرائض؛ إذ الأصل أن تأخذ الأم في هاتين الحالتين ثلث الجميع لا ثلث الباقي فقط، لعدم وجود فرع وارث، ولا متعدد من الإخوة.

مسألة [157]:

[فيما يبقى عن ذوي الفروض
هل يرد عليهم أو يجعل في بيت المال؟]

لا يرد على ذوي السهام ما بقي، ويجعل الفاضل في بيت المال[1] وبه قال الشافعي[2]، والثوري[3]، وهو مذهب زيد[4] بن ثابت، وروي مثله عن الصديق، وعن عمر رضي الله عنهما[5].

وقال أبو حنيفة والثوري[6]، والحسن بن صالح[7]: يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا الزوج والزوجة[8]، وهو قول علي بن أبي

---

(1) ن: التفريع 2 / 344، ورؤوس المسائل لابن القصار 178، وفيها أنه قال به الأوزاعي أيضًا، وانظر أيضًا التلقين 169، والكافي 2 / 355، والمنتقى 6 / 224، وفيه أنه قول زيد بن ثابت، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، ومالك والشافعي؛ وقد روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه. والمشهور عنه أنه كان يرد ما فضل عن ذوي الفرائض على ذوي السهام من ذوي الأرحام»، وانظر أيضًا: البداية 2 / 566، وبه قال أيضًا: الزهري والأوزاعي. ن: التكملة الثانية للمجموع 16 / 114.

(2) ن: التنبيه 154، والوجيز 2 / 263، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 113 - 114.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 178.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) هو أبو عبد الله الحسن بن صالح بن حي بن مسلم الهمداني الكوفي الفقيه، أحد الأعلام. خرج له مسلم والأربعة، والبخاري تعليقًا، روى عن سماك، والسدي، وعاصم الأحول، وعبد العزيز بن رفيع وخلق. وعنه: حميد الرؤاسي، وعبيد الله بن موسى. وثقه ابن معين والنسائي وأبو حاتم، وأبو زرعة. توفي سنة 167هـ أو 169هـ. ن: طبقات الشيرازي 85، والخلاصة 78.

(8) قال في المبسوط 29 / 182: «قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: إذا فضل المال عن حقوق أصحاب الفرائض وليس هناك عصبة من جهة النسب، ولا من جهة السبب، فإنه يرد ما بقي عليهم على قدر أنصابهم إلا الزوج والزوجة، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله، وقال=

طالب[1]، وقال ابن مسعود[2]: يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا ستة، فإنه لا يرد عليهم: بنت الابن مع بنت الصلب، والأخت للأب مع الأخت للأب والأم، والأخت للأم مع الأم، والجدة مع ذوي السهام، والزوج، والزوجة[3]. [هـ135] وقال ابن عباس[4]: يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا ثلاثة: الزوج، والزوجة، والجدة، إلا أن تكون منفردة فيرد عليها بقدر سهمها[5].

واحتج من نص هذا القول بحديث سعد[6] رضي الله عنه عن النبي ﷺ: إني رجل ذو مال ولا يرثني إلا ابنة، فأتصدق[7] بجميع مالي؟ قال: «لا»، قال: فالشطر؟ قال: «لا إلا الثلث والثلث كثير» أو كبير[8].

= عثمان بن عفان رضي الله عنه: «يرد على الزوج والزوجة أيضًا، كما يرد على غيرهم من أصحاب الفرائض وهو قول جابر بن زيد، وقال عبد الله بن مسعود: الرد على أصحاب الفرائض إلا ستة نفر: الزوج والزوجة، وابنة الابن مع ابنة الصلب، والأخت لأب مع الأخت لأب وأم، وأولاد الأم مع الأم، والجدة مع ذي سهم أيًا كان. وهو قول أحمد بن حنبل. . ».

(1) انظر التعليق قبله.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) انظر المغني 7 / 47.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) ن: المبسوط 29 / 193.

(6) هو سعد بن أبي وقاص الصحابي المشهور، وقد تقدمت ترجمته.

(7) هكذا في الأصل ولعل الصواب: أفأتصدق.

(8) متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء. . .، وفي كتاب النفقات وكتاب الجنائز، وكتاب المغازي، وكتاب مناقب الأنصار، وكتاب المرضى، وكتاب الدعوات، وكتاب الفرائض، وأخرجه مسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث.

وأخرجه أيضًا الأربعة ومالك، والدارمي كلهم في الوصايا.

وهذا نص لفظ البخاري بتمامه: « . . . عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: «يرحم الله ابن عفراء»، قلت: يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قلت: فالشطر، قال: =

قالوا: وقد قال ﷺ: «ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر»[1].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: 11]، فتولى الحق سبحانه قسمة الفرائض بنفسه، ولم يكلها إلى أحد من خلقه، فجعل للبنت النصف، وللأخت النصف، وللاثنتين فصاعدًا الثلثين [فمن][2] أعطى[3] لواحدة منهن جميع المال فقد خالف نص كتاب الله.

وأما من جهة المعنى، فنقول: التوارث يجب بأحد[4] شيئين: إما نسب، وإما سبب، فالنسب معروف، والسبب شيآن: نكاح وولاء[5]؛ وقد حصل الإجماع أن الزوج والزوجة إذا أخذ كل واحد منهما نصيبه، لم يُرد على أحد منهما شيء[6]، مع كونهما من جملة من يرث بالسبب، فوجب أن يكون

= «لا»، قلت: الثلث؟ قال: «فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة، فإنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك، وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون»، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة.

(1) متفق عليه من حديث ابن عباس، أخرجه البخاري في كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، ومسلم في كتاب الفرائض. . باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر. ولفظه في البخاري: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر».

(2) تكملة يقتضيها السياق.

(3) في الأصل: أعطا.

(4) في الأصل: يأخذ.

(5) في الأصل: وولي.

(6) لقد ذكر السرخسي في المبسوط 29 / 192 ما يرد دعوى الإجماع هنا، وهو أن عثمان بن عفان رضي الله عنه كان يرد عليهما.

وفي رؤوس المسائل لابن القصار 178: أن الشيخ أبا الحسن صحح عن علي وابن مسعود، وابن عباس، وعثمان، أنهم لا يورثون ذوي الأرحام، ولا يردون على أحد، وأن هذا الذي يحكى عنهم في الرد والتوريث لذوي الأرحام حكاية فعل لا قول، وابن خزيمة وغيره من حفاظ الحديث يدعون الإجماع في هذا، ولعل هذا معتمد المؤلف فيما ذهب إليه، والله أعلم.

ذوو[1] السهام الذين يتوارثون بالنسب كذلك ولا فرق.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من حديث سعد[2] مع الخبر الآخر، فلا حجة لهم في ذلك جملة؛ إذ لا ذكر في الخبرين للرد، ولا لمن يكون له الرد. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: ذو.

(2) تقدمت ترجمته.

مسألة [158]:

[في المجوسي إذا تزوج أمه فأولدها بنتًا، ثم أسلما كيف يكون التوارث بينه وبين هذه البنت هل بالبنوة أم بالأخوة؟]

إذا تزوج مجوسي[1] أمه فأولدها بنتًا فهي أخته وابنته، فإذا أسلما كانت الموارثة بينهما بالبنوة لا بالأخوة[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يقع التوارث بالفراش بينهما جميعًا: بالبنوة[4] والأخوة[5][6].

واحتج أصحابه فقالوا: إن الله تعالى ورث الأخت مع الانفراد بالنصف، وورث الابنة على الانفراد بالنصف، فإذا اجتمعت البنوة والأخوة في امرأة واحدة، ورثت بهما جميعًا.

قالوا: ويدل على صحة ما قلناه، أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجها، وهو ابن عمها، فإنه يأخذ جميع المال، لأنه اجتمع فيه وصفان موجبان لكمال الإرث: القرابة والزوجية. قالوا: فكذلك إذا اجتمعت البنوة والأخوة في امرأة واحدة، ورثت بهما.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الله تعالى حجب الأم عن الثلث إلى

---

(1) المجوسي: عابد النار.

(2) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 183، والتلقين 169، والإشراف 2 / 329 - 330، والمنتقى 6 / 251.

(3) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 241 - 242، والوجيز 2 / 265 - 266، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 96 - 97.

(4) في الأصل: ببنوه.

(5) في الأصل: والإخوة.

(6) ن: المبسوط 30 / 33 - 34، ورؤوس المسائل لابن القصار 183، والإشراف 2 / 329 - 330 وهو قول ابن مسعود، وابن أبي ليلى، وأبي حنيفة وأصحابه. ن: التكملة الثانية للمجموع 16 / 97، وفي رؤوس المسائل لابن القصار 183، أنه قول علي رضي الله عنه وأحمد أيضًا.

السدس باثنين من الإخوة فصاعدًا، والوارث لا يحجب نفسه، وإنما يحجب غيره، فلو قلنا بما قاله أبو حنيفة لأدى ذلك إلى أن يكون الوارث يحجب نفسه، وذلك خلاف ما بنيت عليه أصول الفرائض.

ويدل على صحة ما قلناه أيضًا أن مجوسيًا لو تزوج ابنته، فإنه إنما يرثها بأنه أب، لا بأنه زوج، لأن الأبوة أقوى من الزوجية، فوجب أن تكون البنوة أقوى من الأخوة في مسألتنا التي اختلفنا فيها.

فإذا ثبت هذا، فما استشهدوا به من مسألة الزوج إذا كان ابن عم غير لازم. لأنه إنما يأخذ النصف بالنسبية، والباقي بالتعصيب، يبينه أنه لو لم يكن زوجًا، لأخذ الفاضل عن ذوي السهام بالتعصيب، وليس كذلك ما اختلفنا فيه لأنه إنما يرث المال عندهم بالنسبية[1] وذلك محال[2]. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: التسمية.

(2) أي محال أن تحيط مولودة المجوسي الذي أسلم، التي هي ابنته وأخته، بكل المال بالنسبية فقط. لأن ذلك يخالف قواعد أصول الفرائض.

مسألة [159]:

[في من ضرب حاملاً فألقت جنينًا، فوجب عليه غُرة، فهل تورث تلك الغرة على فرائض الله أم هي للأم فقط؟]

إذا ضرب المرء امرأة حاملاً[1]، فألقت جنينًا ففيه غرة[2]: عبد أو وليدة، وتلك الغرة موروثة على فرائض الله عز وجل[3]. وبه قال **أبو حنيفة** [هـ136] **والشافعي**[4].

وقال **الليث**[5] **بن سعد**: الغرة للأم، ولا شيء فيها لغيرها[6]. واحتج من

---

(1) في الأصل: حامل.

(2) الغُرّة: «دية الجنين إذا أسقط ميتًا، وقدرها عبد أو أمة، أو نصف عشر الدية الكاملة للقتل الخطأ». ن: لغة الفقهاء 329، والقاموس الفقهي 273.

(3) ن: التفريع 2/336، والتلقين 148، والإشراف 2/197 - 198، والكافي 2/395 - 396، والمنتقى 8 / 7، وفيه سواء كان الجنين ذكرًا أو أنثى، وسواء كان الرمي أو الضرب عمدًا أو خطأً، إذا سقط الجنين ولم يستهل صارخًا فإن فيه غرة عبد أو وليدة، وهذه الغرة موروثة على كتاب الله عز وجل، قال: وبه قال ابن شهاب. قال ابن حبيب: وبهذا أخذ أصحاب مالك: ابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، وابن الماجشون، ومطرف، وابن عبد الحكم، وأصبغ، وهي رواية ابن القاسم ومطرف عن مالك. وبه قال ابن أبي حازم، وقال ربيعة هي للأم خاصة. وقال ابن هرمز هي للأبوين، فإن لم يكن إلا أحدهما فهي له. وقال مالك بذلك مرة ثم رجع إلى قول ابن شهاب، وبقول ابن هرمز قال المغيرة.

(4) ن: المبسوط 26/87 وما بعدها، ورؤوس المسائل للزمخشري 341، والأم 6/ 11 - 111، والتنبيه 223، والوجيز 2 / 156 - 158.

(5) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمٰن مولى قيس بن رفاعة، الإمام، عالم مصر وفقيهها ورئيسها، خرج له الستة، روى عن سعيد المقبري، وعطاء، ونافع، وقتادة، والزهري، وصفوان بن سليم، وخلائق. وعنه ابن عجلان، وابن لهيعة، وهشيم، وابن المبارك، والوليد بن مسلم، وابن وهب، وأمم. قال ابن بكير: هو أفقه من مالك، وقال الشافعي: هو أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقوموا به، وقال ابن وهب: والله ما رأينا أحدًا قط أفقه من الليث، وثقه أحمد وابن معين والناس. توفي سنة 175هـ. ن: طبقات الشيرازي 78، وطبقات الحفاظ 101، والخلاصة 323.

(6) وهو قول شاذ منقول عنه وعن ربيعة. انظر: المغني 7 / 4 و2.

نص قوله فقال: الجنين عضو من أعضاء الأم، فلا تكون الغرة إلا لها، دليله: ما إذا قطع لها عضو من أعضائها؛ حيث يكون عَقْلُ[1] ذلك العضو لها بغير خلاف.

قال: ولأن النبي ﷺ حين قضى في الجنين بالغرة، لم يفرق بين ذكر وأنثى، فلو كان المأخوذ عن الجنين دية لفرق عليه السلام بين الذكر والأنثى، لأن دية الأنثى على النصف من دية الذكر، ولما لم يفرق دل ذلك على أن الغرة ليست دِيَة.

قال: ولأن الجنين لا يرث، فكيف يورث من لا يرث؟

والدليل على صحة ما قلناه هو أنه ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة[2]، فقال الذين قضى عليهم: كيف ندي من لا أكل ولا شرب ولا استهلّ؟ ومن لا يقع إلا على من يعقل، أو على من هو في حكم من يعقل. وهذا دليل على أنه عليه السلام، إنما قضى في جنينها لا[3] في عضو من أعضائها.

فإذا ثبت هذا، فالقول بأن الجنين عضو من أعضائها غلط في هذه الصورة بدليل ما قدمناه.

وقوله: إنه عليه السلام لم يفرق بين ذكر وأنثى، لا حجة لهم فيه، لأن لفظ الحديث أنه عليه السلام، «قضى في الجنين بغرة عبد أو وليدة»[4]، وليس في لفظه أنه قضى في عضو من أعضائها. ولأن عقل العضو معلوم مقدر بتقدير الشرع، وليس في ذلك التقدير غرة ولأن الجنين ذا تنفس وروح، منفرد بحياة نفسه، فوجب أن يكون المأخوذ دية موروثة على فرائض الله تعالى، دليله ما

---

(1) العقل: الدية، وعقلت القتيل: أعطيت ديته. ن: حلية الفقهاء 196، والمغرب 323، وتهذيب الأسماء، والقاموس الفقهي 258.

(2) أخرجه مسلم في كتاب الديات من حديث المغيرة بن شعبة، وأبي هريرة، ومالك في الموطأ في دية الجنين من كتاب العقول من حديث ابن المسيب وأخرجه أبو داود في الديات، والترمذي فيها وفي الفرائض، والنسائي في القسامة، وابن ماجة في الفرائض، وكذا الدارمي.

(3) في الأصل: إلا.

(4) تقدم تخريجه قريبًا.

إذا انفصل عنها حيًا.

وقوله: إن الجنين لا يرث خطأ، لأن من مات، وخلف امرأته، أو جاريته حاملاً منه، فإن جنينها يرث نصيبه من مال أبيه بغير خلاف[1].

* * *

(1) أي إذا ولد حيًا، أما إذا ولد ميتًا من غير جناية فلا إرث له بغير خلاف.

مسألة [160]:

[في المبتوتة في المرض هل ترث ما يجب لها من الزوج إن مات أم لا؟]

المبتوتة[1] في المرض ترث ما يجب لها من الزوج، وإن انقضت عدتها[2].

وقال الشافعي: لا ترث على حال[3]، واحتج أصحابه فقالوا: أسباب التوارث: نسب وسبب، فالنسب معروف والسبب شيآن: نكاح وولاء. قالوا: فإذا طلقها ثلاثًا. فقد انقطع السبب الموجب للإرث، فلا ترثه[4]، دليله الأجنبية. قالوا: ولأنها لو ماتت هي لم يرثها بإجماع، فوجب ألا ترثه هي

---

(1) المبتوتة عند المالكية هي المطلقة بلفظ البت، وكذا بلفظ: ثلاثًا في مرة أو مرات، وهي المطلقة ثلاثًا للحر، واثنتين للعبد. ن: القاموس الفقهي 31.

(2) أي وتزوجت أزواجًا وولدت أولادًا. ن: التفريع 2 / 80، ورؤوس المسائل 89 - 90، والتلقين 89، والإشراف 2 / 133، والقوانين الفقهية 197، وفيها: «طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقًا، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة خلافًا للشافعي، ولا ينقطع ميراثها، وإن انقضت عدتها وتزوجت. وقال أبو حنيفة: ترثه ما دامت في العدة. وقال ابن حنبل: ما لم تتزوج...»، وبقول مالك قال عمر، وعثمان، وعلي، وأبي بن كعب، وابن الزبير قد اختلف عنه، وبه قال ربيعة والليث، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، وسفيان، وأحمد. ن: رؤوس المسائل لابن القصار 90.

(3) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 298 - 299، وفيه أن في المسألة اختلافًا في المذهب، وأن الصحيح من ذلك أنها لا ترث، وقال في التنبيه 182: «وإن طلق امرأته ثلاثًا في المرض ومات، لم ترثه في أصح القولين، وترثه في الآخر، وإلى متى ترث فيه ثلاثة أقوال: أحدها أنها ترثه أي وقت مات. والثاني: إن مات قبل أن تنقضي العدة ورثت، وإن مات بعدها لم ترث، والثالث: إن مات قبل أن تتزوج ورثته، وإن تزوجت لم ترثه..» وانظر: التكملة الثانية للمجموع 16 / 63، وفيها أن الشافعي قال في القديم: ترثه كمالك ومن قال بقوله، وقال في الجديد. لا ترثه، وبه قال عبد الرحمٰن بن عوف، وابن الزبير، وأبو ثور، وهو الصحيح.

(4) في الأصل: يرثها.

على حال.

قالوا: لو أنه أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته قبل مرضه، قبل قوله ولم ترثه، فكذلك إذا أبت[1] طلاقها في مرضه.

قالوا: لو أنه ارتد في مرضه فمات، أو قتل على ردته، لم ترثه بإجماع، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ﴾ [النساء: 12] فلها من الميراث ما لغيرها من الزوجات غير المطلقات، لأن طلاقه إياها فرار من الميراث، فوجب ألا يصل بطلاقها إلى غرضه[2].

ولأن الرسول عليه السلام قال: «إن الله أعطى[3] كل ذي حق حقه»[4]، ولأن عبد الرحمٰن[5] بن عوف طلق امرأته في مرض موته، فورثها منه عثمان رضي الله عنهما، من بعد أن قال عبد الرحمٰن لعثمان: «ما فررت من كتاب الله، ولا من سنة رسول الله» فقال له عثمان: «ما أتهمك، ولكني أخاف أن تكون سنة»[6] أو كلام هذا معناه.

---

(1) أبتّ طلاقها: أي طلقها طلاقًا باتًا، أي: ثلاثًا.

(2) لأن من القواعد المقررة: المعاملة بنقيض المقصود السيئ.

(3) في الأصل: أعطا.

(4) رواه أبو داود في باب ما جاء في الوصية للوارث عن أبي أمامة، وابن ماجة والترمذي في باب ما جاء لا وصية لوارث، وزاد فيه: الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله.

وانظر لمزيد بيان في تخريجه: نصب الراية 4 / 403.

(5) هو أبو محمد عبد الرحمٰن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحرث الزهري المدني، شهد بدرًا والمشاهد كلها، وهو أحد العشرة، وأحد الستة، هاجر الهجرتين. مات سنة 32هـ، وقيل سنة 33هـ، ودفن بالبقيع.

ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 68 - 82، والإصابة 6 / 311 - 313، والخلاصة 232، والرياض 176 - 181.

(6) أخرجه مالك بمعناه في الموطأ في طلاق المريض من كتاب الطلاق عن أبي سلمة بن=

وأما من جهة المعنى فنقول: المريض المخوف عليه محجور عليه في ماله فيما زاد على الثلث لحقوق الورثة، وممنوع أن يدخل وارثًا غيرهم، فوجب أن يكون ممنوعًا من إخراج وارث قد وجب له الميراث.

ولأن القاتل عمدًا لا يرث من مال مقتوله شيئًا، لكونه متهمًا[1] في استعجال الإرث فوجب أن يكون الزوج متهمًا أيضًا في قطع الميراث عن المبتوتة.

ولأنه طلقها في مرض موته طلاقًا باتًا[2] فلم يكن ذلك الطلاق قاطعًا لميراثها منه. دليله: ما إذا طلقها طلاقًا[3] رجعيًا.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إنه طلقها ثلاثًا في مرضه، فقد انقطع السبب الموجب [هـ 137] للإرث باطل. بما إذا طلقها واحدة رجعية حيث ترثه بغير خلاف، لأن الطلاق في هذه الصورة وإن كان رجعيًا فهي محرمة عليه حتى يرجع، وليست بزوجة له قبل الارتجاع.

وقولهم: ولأنها لو ماتت هي لم يرثها، خطأ، لأنها ليست بفارة من الميراث، ولا متهمة فيه، لأنه هو المطلق لا هي، والطلاق بالرجال والعدة للنساء[4].

وقولهم: ولأنه لو أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته قبل موته. غير لازم لنا. لأنه لا فرق عندنا بين أن يطلقها في المرض، أو يقر بالطلاق في

= عبد الرحمٰن بن عوف، وأخرجه الدارقطني في كتاب الطلاق تحت رقم 158 بنحوه أيضًا عن طلحة بن عبد الله بن عوف، وتحت رقم 157 مختصرًا عن ابن الزبير.

قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 64 - 65: «الحديث (أي حديث ابن الزبير) رواه الشافعي عن مسلم عن ابن جريج به، وقال: «هذا حديث متصل»، ووصف الحديثين قبله بالانقطاع.

(1) في الأصل: منهما.

(2) في الأصل: بلتلتا.

(3) في الأصل: ثلاثا.

(4) كما قال ابن عباس رضي الله عنه. ن: نصب الراية 3 / 225، وقد قال البعض برفعه والصواب وقفه.

المرض؛ حيث ترثه على كل حال.

وقولهم: ولأنه لو ارتد في مرضه فمات على ردته، أو قتل لم ترثه بإجماع، غير لازم، وإنما لم ترثه في هذه الصورة، لأن أحدًا لا يتهم أن يرتد عن دين الإسلام إلى دين الكفر كيلا ترثه امرأته، ولأن النبي عليه السلام قال: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»[1].

* * *

(1) متفق عليه: أخرجه البخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، ومسلم في أول الفرائض، معًا من حديث أسامة بن زيد.

مسألة [161]:

[في الصبي أو المجنون إذا قتل قريبًا له، هل يقوم ذلك سببًا لمنعه من الإرث أم لا؟]

إذا قتل الصبي أو المجنون قريبًا له مثل أبيه أو أمه، أو أخيه أو أخته، لم يكن قتله ذلك سببًا[1] لقطع ميراثه منه[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: لا يرثه على حال[4]. **واحتج أصحابه، فقالوا**: قتل صدر

---

(1) في الأصل: سبب.

(2) ن: رؤوس المسائل لابن القصار 179، وفيها أنه قال به سعيد بن المسيب، وعطاء، والأوزاعي، وإسحاق، وعن علي مثله. وقال أبو حنيفة: كل قاتل لا يرث إلا الصبي والمجنون وقاتل الباغي مع الإمام، والإشراف 2 / 329 وفيه: «قاتل الخطأ يرث»، والمقرر عند المالكية أن عمد الصغير خطأ. ن: الإشراف 2 / 185، وانظر: القوانين الفقهية 338، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 61.

(3) قال في المبسوط 30 / 48: «وأما الصبي والمجنون إذا قتل مورثه، لم يحرم الميراث عندنا، وعند الشافعي يحرم الميراث. .»، وقال في إيثار الإنصاف 406: «قتل الصبي مورثه، لا يتعلق به حرمان الميراث، ولا وجوب الكفارة، وقال الشافعي رضي الله عنه: يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة».

(4) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 361، والتنبيه 151، وفيه تفصيل، والوجيز 1 / 267 وفيه: «القاتل لا ميراث له إن كان قتله مضمونًا إما بكفارة أو إثم أو دية أو قصاص كان عمدًا أو خطأ بسبب كحفر البئر، أو مباشرة من مكلف أو غير مكلف، فإن لم يكن مضمونًا كقتل الإمام في الحد فقولان، وإن كان يسوغ قتله وتركه كقتل القصاص، ودفع الصائل، وقتل العادل الباغي فقولان مرتبان»، وقال في التكملة الثانية للمجموع 16 / 61: «قال الشافعي رضي الله عنه: والقاتلون عمدًا أو خطأ لا يرثون، وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا في ميراث القاتل من المقتول، فذهب الشافعي إلى أن القاتل لا يرث المقتول، لا من ماله، ولا من ديته، سواء قتله عمدًا أو خطأً، أو مباشرة، أو بسبب مصلحة كسقي الدواء، أو ربط الجرح، أو لغير مصلحة، متهمًا كان أو غير متهم، وسواء كان القاتل صغيرًا أو كبيرًا عاقلاً أو مجنونًا، وبه قال عمر بن الخطاب، وابن عباس، وعمر بن عبد العزيز، وأحمد بن حنبل. وقال أبو إسحاق المروزي من أصحابنا: إذا كان القاتل غير متهم بأن كان حاكمًا، فجاء مورثه فأقر=

بغير حق، فأوجب حرمان الإرث. دليله: قتل الخطأ.

قالوا: ولأن حرمان الإرث حكم يتعلق بوجود القتل بغير حق، وقد وجد القتل بغير حق فلا ميراث وسواء اتصف هذا القتل بالعدوانية أو لم يتصف، تعلق به إثم أم لا، وهذا كقتل العاقل البالغ خطأ حيث لا يرث من مقتوله شيئًا، وقتله غير موصوف بالعدوانية، ولا هو مؤثم فيه، كذلك مسألتنا.

قالوا: ولأن القتل في الجملة قاطع للموالاة، ومهلك لها، فأشبه اختلاف الدينين، وهذا استوى فيه الصبي والبالغ.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن قتل الصبي أو المجنون لا يوصف بالحظرية، ولا بالإباحة، فلا يجب بقتله حرمان الإرث، كما لا يجب به القود، يبينه أن حرمان الإرث، لا يقابل المحل المقتول، لأن ما يقابل المحل يكون وجوبه على طريق الجبر للمحل، وحرمان الإرث لا يحصل به جبران بحال، ولأن الجبران جزاء الفعل، والجزاء على الفعل لا يكتب إلا بعد أن يكون الفعل محظورًا، وفعل الصبي غير محظور، لأن الحظرية بالخطاب، ولا خطاب على صبي، وهذا بخلاف قتل البالغ إذا كان خطأ، لأن البالغ مكلف، يتوجه عليه الخطاب، إلا أنه غير مؤثم لوقوع الفعل منه خطأ؛ وقد قال عليه السلام: «رفع القلم عن أمتي في الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»[1].

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: لا جمع بين قتل الصبي، وقتل البالغ لأن البالغ متهم بالقتل يجوز[2] أن يكون متخاطئًا[3] وغير متخاطئ، وقتل الصبي لا تهمة فيه بوجه. فإن قالوا: فهو إذن مباح، قيل لهم: لا يوصف

= عنده بقتل رجل عمدًا، وطلب وليه القود، فمكنه الحاكم من قتله، أو اعترف عندنا بالزنا وهو محصن، فرجمه، أو اعترف بقتل الحرابة فقتل، فإنه يرثه لأنه غير متهم في قتله.

ومن أصحابنا من قال: إن كان القتل مضمونًا لم يرث القاتل، لأنه قتل بغير حق، وإن كان غير مضمون بأن قتله قصاصًا، أو في الزنا، أو كان باغيًا، فقتله العادل، وما أشبه ذلك ورث لأنه قتل بحق، فلا يمنع من الإرث».

(1) تقدم تخريجه.

(2) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: ويجوز.

(3) في الأصل: متخاطئ.

بالإباحة، ولا بالحظر، لأن ذلك يفتقر إلى خطاب، ولا خطاب على صبي، فصار فعله كفعل البهيمة الذي لا يتعلق به حكم.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من حجتهم، وأوردوه من جدلهم، غير متوجه علينا، ولا لازم لنا، وإنما يتوجه على أصحاب أبي حنيفة، لأنهم متفقون على أن قاتل الخطأ لا يرث من مقتوله شيئاً[1]، وعندنا يرث المال دون الدية.

وقولهم: إن القتل على الجملة قاطع للموالاة إلى آخر ما ذكروه. فإن أرادوا قطع الذوات وإعدامها بالموت، فصواب، وإن أرادوا قطع الحكم فإنا لا نسلم. والله أعلم.

***

---

(1) ن: المبسوط 30 / 46، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 61.

مسألة [162]:

[في المرتد إذا مات على ردته لمن تؤول تركته؟]

المرتد إذا مات على ردته، أو قتل، لا يرثه ورثته من المسلمين، ولا من أهل الدين الذي ارتد إليه، لأنه دين لا يقر عليه، ولا يرث هو من مات من قرابته، ويكون جميع ما ترك فيئًا للمسلمين(1). **وبه قال الشافعي**(2).

وقال أبو حنيفة: يرثه ورثته من المسلمين، وفرق بين ما كسبه(3) قبل الردة وبعدها. فقال: ما كسبه قبل الردة لورثته من المسلمين، وما كسبه بعد الردة لبيت مال المسلمين(4).

وقال القاضي أبو يوسف(5) **ومحمد**(6): لا فرق بين ذلك، ويكون جميع

---

(1) ن: التفريع 2 / 335 - 336، وقال في رؤوس المسائل لابن القصار 178: «اختلف في مال المرتد إذا مات على ردته على ثلاثة مذاهب، منها: أن جميع ماله الذي كسبه في ردته وفي إسلامه لبيت المال وهو قولنا. وقول ربيعة والشافعي، وأبو ثور، وأحمد. والثاني: أنه يكون لورثته المسلمين اكتسبه في إسلامه أو في ردته. وبه قال علي رضي الله عنه، وابن مسعود رحمه الله، والأوزاعي، والحسن وأبو يوسف ومحمد. والثالث: إن ما اكتسبه في إسلامه لورثته المسلمين، وما كان في ردته لبيت المال، وبه قال سفيان الثوري وأبو حنيفة، وحكي عن قتادة أنه قال: هو لأهل دينه الذين ارتد إليهم، والولاية منقطعة»، وانظر: التلقين 169، والمنتقى 6 / 250، والبداية 2 / 567، والقوانين 338.

(2) ن: مختصر المزني مع الأم 8 / 240، والتنبيه 151، والوجيز 2 / 266، والتكملة الثانية للمجموع 16 / 59.

(3) في الأصل: شيبه.

(4) قال في المبسوط 30 / 37 - 38: «المرتد إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فما اكتسبه في حال إسلامه فهو ميراث لورثته المسلمين، فأما ما اكتسبه في حالة الردة يكون فيئًا يوضع في بيت المال».

وهذا قول أبي حنيفة، وأما قول صاحبيه فهو أن كسب الردة يورث عنه ككسب الإسلام، ن: المصدر نفسه.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) هو محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وقد تقدمت ترجمته.

ذلك لورثته من المسلمين[1].

واحتج أصحابه، فقالوا: ما قلناه مروي عن علي وابن مسعود[2].

وأما من جهة المعنى، فإنهم [هـ 138] قالوا: إن لمال المرتد حكمًا[3] بدليل أنه لا يكون فيئًا في الحال، وإنما يكون فيئًا في المال لأجل حكم الإسلام.

قالوا: ولأنه يقضي الصلوات الفوائت على [قول][4] بعض العلماء[5] إذا راجع الإسلام، فدل ذلك على أنه على حكم الإسلام.

قالوا: ولأنه لو حدث له ولد في الردة ما بينه وبين كتابية[6]، فإن الولد لا يكون للردة[7] كما لو حدث ذلك الولد بين مسلم وكتابية[8].

قالوا: وإذا كان له حكم الإسلام ما لم يقتل، فكذلك ماله في حكم التبع لنفسه، فلا يكون فيئًا، ويكون لورثته من المسلمين لوجود القرابة والوصلة الدينية.

وقال بعض مشايخهم[9]: الردة بمنزلة الموت، والموت يزيل الملك، وينقله، فإذا كان ذلك كذلك، كان ميراثه لورثته من المسلمين[10].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾ [حم السجدة: 18]، وقوله: ﴿ لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴾ [الحشر: 20]، وقوله: ﴿ وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ

---

(1) ن: المبسوط 30 / 37 - 38.
(2) تقدمت ترجمته.
(3) في الأصل: حكم.
(4) تكملة يقتضيها السياق.
(5) لم أقف على هذا القول.
(6) أي يهودية أو نصرانية.
(7) هكذا في الأصل.
(8) في الأصل: كتابته.
(9) كمحمد وأبي يوسف.
(10) ن: المبسوط 30 / 37 - 38.

﴿وَإِلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكَ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ ٱلْخَـٰسِرِينَ﴾ [الزمر: 65]، ومع الإشراك وإحباط العمل والخسران محو العمل والإيمان وإزالته من القلب، فكيف تكون نفس من هذه [حاله][1] ومآله على حكم الإسلام حتى أنه يرثه ورثته من المسلمين. أليس هذا من المحال؟ وقد قال ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»[2]، وقال: «... لا يتوارث أهل ملتين»[3].

وأما من جهة المعنى، فنقول: المرتد كافر بالله عز وجل، فلا يرثه ورثته من المسلمين، دليله سائر الكفار[4].

ولأن المرتد كافر محارب مقهور في أيدينا، فيكون ماله فيئًا لبيت [مال][5] المسلمين، دليله سائر أموال [أهل][6] الحرب.

ولأن وجود الموالاة شرط في صحة ثبوت الأرض[7] والخلافة فيه، ولا موالاة بين مسلم وكافر بدليل قوله عز وجل: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا۟﴾ [الأنفال: 72]، وقوله: ﴿ٱلْمُنَـٰفِقُونَ وَٱلْمُنَـٰفِقَـٰتُ بَعْضُهُم مِّنۢ بَعْضٍ﴾

---

(1) تكملة يحتمل أن السياق يقتضيها.

(2) أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، وأبو داود في كتاب الفرائض باب هل يرث المسلم الكافر، والترمذي في أبواب الفرائض باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر، وابن ماجة في كتاب الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، ومالك في الموطأ في ميراث أهل الملل من كتاب الفرائض مختصرًا، كلهم عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(3) أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض باب هل يرث المسلم الكافر؟ عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، والترمذي في أبواب الفرائض، باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر عن جابر رضي الله عنه، وقال: هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبي ليلى، وابن ماجة في كتاب الفرائض باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(4) في الأصل: الكفر.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) تكملة يحتمل أن السياق يقتضيها.

(7) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: المال.

يَأْمُرُونَ بِٱلْمُنكَرِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [التوبة: 67]، وقال في المؤمنين: ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ ﴾ [التوبة: 71]، فانتفت الموالاة الدينية فيما بين المسلم والمرتد بما ذكرناه من كتاب الله تعالى حقيقة وحكمًا.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن[1] ما قلناه هو قول علي وابن مسعود[2] قيل لهم: وما قلناه نحن هو قول زيد[3] بن ثابت، وابن عباس[4].

وقولهم: إن نفس المرتد وماله على حكم الإسلام. باطل بما قدمناه من كتاب الله، وسنة رسوله عليه السلام، وأدلة العقول.

وقولهم: إن ماله لا يقسم في الحال، وإنما يقسم في المآل صحيح، وإنما كان ذلك كذلك، لأنا نستتيبه، فإن تاب كان له ماله، لأن الإسلام يجب ما قبله، وإن قتل على ردته أو مات، كان ماله فيئًا لبيت مال المسلمين.

وقولهم: إنه يقضي الصلوات الفوائت، غير لازم لنا، وإنما يلزم أصحاب الشافعي، لأن عندهم يقضي ما فاته من الصلوات[5].

وأما ما حدث له من ولد في الردة، فليس له حكم أبيه، لأنه ليس بولد كافر أصلي، وإنما كفره عارض عرض له بعد تقدم الإسلام وصحته، واستقصاء الكلام[6] عليه في مسائل الفروع.

وقول بعض مشايخهم: إن الردة بمنزلة الموت. غير صحيح، لأن المرتد صحيح بالغ عاقل حي حقيقة وحسًا وحكمًا، فكيف يجعل الحي كالميت.

وتفريقهم بين ما كسبه قبل الردة وبعدها لا وجه له. والله أعلم.

---

(1) في الأصل: إنما.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) لم أقف عليه.

(6) في الأصل: كلام.

ثانيًا: المعاملات
كتاب النكاح[1]

مسألة [1]:

[في مباشرة المرأة عقد النكاح]

لا يجوز للمرأة أن تباشر عقد النكاح بنفسها[2]، ولا لغيرها من النساء، فإن فعلت فالنكاح باطل[3]. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال أبو حنيفة [هـ 139]: ذلك لها جائز، إن كانت بالغًا[5] رشيدة[6].

واحتج أصحابه بقوله تعالى: ﴿ **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ**[7] **أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ﴾

---

(1) النكاح: عقد يحل به استمتاع كل من الزوجين بالآخر. لغة الفقهاء 487، وانظر: شرح الحدود 215، والتعريفات 246، والأنيس 145.

(2) هكذا في الأصل، ولعل الصواب لنفسها، بدليل ما بعده.

(3) قال في الإشراف 2 / 89: «لا يصح كون المرأة وليًا في عقد نكاح، لا على نفسها، ولا على غيرها، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إذا بلغت عاقلة رشيدة جاز ذلك لها، ولداود في تفريقه بين البكر والثيب وانظر: البداية 2 / 6 - 7.

وهذا القول هو المشهور، وهو رواية أشهب عن مالك، ويتخرج على رواية لابن القاسم عنه أن الولي من شروط التمام لا من شروط الصحة. ن: البداية 2 / 7.

(4) ن: الأم 5 / 13، وقال في المهذب 2 / 35: «لا يصح النكاح إلا بولي، فإن عقدت المرأة لم يصح، وقال أبو ثور: إن عقدت بإذن ولي صح.

(5) بغير هاء السكت وهو استعمال فصيح. قال في اللسان / بلغ: وقال الشافعي في كتاب النكاح: جارية بالغ بغير هاء.

وقال الأزهري: والشافعي فصيح حجة في اللغة. قال: وسمعت فصحاء العرب يقولون: جارية بالغ، ولو قال قائل جارية بالغة، لم يكن خطأ لأنه الأصل.

(6) قال في المبسوط 5 / 10: «بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه: أن امرأة زوجت ابنتها برضاها، فجاء أولياؤها فخاصموها إلى علي رضي الله عنه، فأجاز النكاح وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها، أو أمرت غير الولي أن يزوجها، فزوجها، جاز النكاح. وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله تعالى، كانت بكرًا أو ثيبًا، إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية، سواء كان الزوج كفؤًا لها أو غير كفء.

(7) العضل منع المرأة من التزوج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه. =

[البقرة: 232]، وبقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: 230]، وبقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 234].

قالوا: وهذه الإضافة إضافة مباشرة، وليس لمباشرة النكاح لفظ أبين من هذا.

قالوا: وقال ﷺ لفاطمة[1]: «انكحي أسامة[2] بن زيد»[3] فنسب العقد إليها.

قالوا: وقد قال عليه السلام في حديث ابن[4] عباس[5]: «الأيم[6] أحق

= ن: الطلبة 93، والمغني 7 / 368، والأنيس 165 ـ 166، ولغة الفقهاء 310.

(1) هي فاطمة بنت قيس الفهرية، أخت الضحاك بن قيس. من المهاجرات الأول في بيتها اجتمع أصحاب الشورى عند قتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه. روى عنها الشعبي والنخعي وغيرهما، ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 129 - 130، والإصابة 13 / 85 - 86، والخلاصة 494.

(2) هو أبو زيد وأبو محمد أسامة بن زيد بن حارثة الحب ابن الحب، أمه: أم أيمن مولاة رسول الله ﷺ، وحاضنته، أمره رسول الله ﷺ على جيش عظيم فيه كبار الصحابة، وعمره لا يتجاوز 17 سنة، كان عمر رضي الله عنه يحبه، ويقدمه في العطاء على ولده عبد الله. اختلف في سنة وفاته، والذي صححه ابن عبد البر من الخلاف في ذلك أنه مات سنة 54هـ.
ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 143، والإصابة 1 / 45، وصفوة الصفوة 521.

(3) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، وأبو داود في كتاب الطلاق، باب نفقة المبتوتة، والنسائي في سننه 6 / 75، كلهم عن أبي سلمة ابن عبد الرحمٰن، عن فاطمة بنت قيس، وبنفس اللفظ تقريبًا.

(4) في الأصل: بن.

(5) هو أبو العباس عبد الله بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، وأحد السبعة المكثرين من رواية الحديث، قال فيه عليه السلام: «اللهم فقهه في الدين، وعلمه التأويل». توفي بالطائف سنة 71 أو 72هـ.
ترجمته في الحلية 1 / 314، والاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 258، وطبقات الشيرازي 48 - 49، والخلاصة 202، والرياض 198.

(6) الأيم من النساء: من لا زوج لها بكرًا كانت أو مطلقة، أو أرملة. ومن الرجال من لا امرأة له، تزوج قبل، أو لم يتزوج. ن: اللسان / أيم، والطلبة 92، والمغرب 32، ولغة الفقهاء=

بنفسها من وليها، والبكر[1] تستأمر في نفسها»[2].

قالوا: والأيم كل امرأة لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا[3] بدليل قوله عز وجل: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ[4] مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾ [النور: 32].

قالوا: وقد زوجت عائشة رضي الله عنها بنت أخيها[5] بمحضر من الصحابة، فلم ينكر ذلك أحد منهم، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

قالوا: ولأن النكاح عقد معاوضة[6] تكسب به مالاً، فجاز لها أن تتولاه بنفسها إن كانت رشيدة، دليله: عقد البيع والإجارة[7].

= 99. والمراد بالأيم عند محمد بن الحسن وأصحاب الشافعي في هذا الحديث: الثيب. ن: المعالم 3 / 205.

(1) البكر: خلاف الثيب، وهي التي لم توطأ بعقد صحيح، أو بعقد فاسد جرى مجرى الصحيح. ن: المغرب 49، والقاموس الفقهي 41.

(2) بهذا اللفظ مع إثبات كلمة «تستأذن»، بدل «تستأمر»، وزيادة: «إذنها صماتها» في آخر الحديث. أخرجه مالك في الموطأ 356 عن ابن عباس، والشافعي في الأم 5 / 15 من طريق مالك، وأبو داود في سننه 2 / 232، من لفظ القعنبي، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 115، ، وبنحوه أخرجه مسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، والدارمي في سننه 2 / 138، والترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(3) الثيب: من له بالتزويج والمباضعة عهد، ذكرًا كان أو أنثى، والثيب من النساء: من أزيلت بكارتها. ن: القاموس الفقهي 55، ولغة الفقهاء 155.

(4) في الأصل: الأياما.

(5) هي حفصة بنت عبد الرحمٰن بن أبي بكر الصديق، زوجتها من المنذر بن الزبير، وأبوها عبد الرحمٰن غائب، فلما رجع قال: أومثلي يفتات عليه في بناته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر، والله لتملكنه أمرها. هكذا الخبر في المبسوط 5 / 12، وفي السنن الكبرى 7 / 112 - 113: «أن عبد الرحمٰن قال: مثلي يصنع هذا به، ويفتات عليه؟ فكلمت عائشة رضي الله عنها المنذر بن الزبير. فقال المنذر: فإن ذلك بيد عبد الرحمٰن، فقال عبد الرحمٰن: ما كنت لأرد ما قضيته.

(6) عقد المعاوضة: عقد على بذل العوض من كلا طرفي العقد: فمن الزوج الصداق، ومن الزوجة البضع.

(7) الإجارة: تمليك المنافع بعوض هو مال. ن: الطلبة 253، والمغرب 20، والتعريفات=

والشركة[1]، والقراض[2]، والمساقاة[3]، وما أشبه ذلك.

ولأنها شخص غير محجور[4] عليها في مالها، فوجب ألا تمنع من عقد النكاح. دليله: الرجل.

قالوا: ولأنها تصرفت في خالص حقها، فجاز تصرفها فيه بسائر تصرفاتها، من الأخذ والإعطاء، وما أشبه ذلك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 34]. وقوله: ﴿وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ﴾ [آل عمران: 36]. وهذا عام[5].

فلو أجزنا لها عقد النكاح لكانت كالرجل، وذلك خلاف ما نص الله تعالى عليه، إذ قد منع جل وعلا من المساواة[6] بينهما، حتى إنه لم يجعل حظها كحظه[7] في الميراث. فقال: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: 11].

= 126، والأنيس 193، والبهجة 2/ 180.

(1) الشركة: اجتماع في ملك، أو ملك وتصرف، بواسطة عقد، وإن لم يوجد اختلاط في الأنصباء بالفعل. ن: حلية الفقهاء 144، والطلبة 205، والتعريفات 126، والأنيس 193، والبهجة 2 / 209، ولغة الفقهاء 261.

(2) القراض: هو أن يدفع الرجل إلى آخر مالاً يتجر به، ويكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وتكون الوضيعة ـ وهي الخسارة إن كانت ـ على رأس المال، ويسمى القراض في لغة الحجاز: بالمضاربة. ن: حلية الفقهاء 147، والطلبة 301، وشرح الحدود 379، والأنيس 247، والشرح الصغير 6/ 202 - 203، ولغة الفقهاء 360.

(3) في الأصل: المساقات. والمساقاة: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره. ن: حلية الفقهاء 149، والتعريفات 212. والبهجة 2 / 189، ولغة الفقهاء 425.

(4) المحجور: الممنوع من التصرف في ماله لصغر سنه، أو رق، أو ما في حكم ذلك.

(5) العام: هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعدًا مطلقًا معًا. أحكام الآمدي 2 / 217 - 218، وانظر: المستصفى 2 / 32، والمنهاج 17، وإحكام الفصول 172، وحلية الفقهاء 28، وسلم الوصول 187، ولغة الفقهاء 322.

(6) في الأصل: المساوات.

(7) في الأصل: بحظه.

وقال عز وجل: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فأضاف الإذن إلى الأهلية[1]، وهو الولي الذي اختلفنا فيه.

وقوله عز وجل: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، وهو خطاب للأولياء[2]، والآية نزلت في معقل[3] بن يسار حين عضل أخته[4].

فلو جاز ما قالوه لانتفى[5] العضل عنهن لزوال الحاجة إلى الأولياء، وذلك خلاف ما نص الله تعالى عليه.

وقال ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها»[6]. وروى

---

(1) هكذا في الأصل، ولم أعثر على معنى لها كالذي في المتن، وهي أشبه ما تكون هنا بالاستعمال المغربي الدارج.

(2) قال في الأم 5 / 13: «لأنه إنما يؤمر بألا يعضل المرأة من كان له سبب إلى العضل، بأن يكون به يتم نكاحها من الأولياء، والزوج إن طلقها، فانقضت عدتها، فليس بسبيل منها، وإذا لم تنقض عدتها، فقد يحرم عليها أن تنكح غيره، وهو لا يعضلها عن نفسه، وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة حقًا».

(3) هو معقل بن يسار بن عبد الله المزني، أسلم قبل الحديبية، روى عنه عمران بن حصين، والحسن البصري، وأبو عثمان النهدي وآخرون. وخرج له الستة، مات في خلافة معاوية، وقيل عاش إلى إمرة يزيد.

(4) هي جمل بضم الجيم، وسكون الميم، وقيل بصيغة التصغير، أخرج حديثها البخاري، غير أنه لم يسمها، وسماها الكلبي في تفسيره بالتصغير، وأخرج الطبري من طريق ابن جريج أن اسمها جميلة بالتصغير، وقيل اسمها ليلى. ن: الإصابة 12 / 174.

وأخرج أبو داود في سننه في كتاب النكاح، باب العضل عن معقل بن يسار السابق الذكر أنه قال في سبب نزول هذه الآية: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ . . .﴾: «كانت لي أخت تخطب إلي، فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقًا له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إلي، أتاني يخطبها، فقلت: لا والله لا أنكحها أبدًا. قال: ففي نزلت هذه الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ . . .﴾ الآية. فكفرت عن يميني، فأنكحتها إياه».

(5) في الأصل: انتفا.

(6) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 36، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

عروة[1] بن الزبير، عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال: «أيما[2] امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»[3].

وروى أبو موسى[4] الأشعري، وعمران بن الحصين[5]، وأنس[6] وابن

---

(1) هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام، أحد الفقهاء السبعة، قال فيه عمر بن عبد العزيز: ما أحد أعلم من عروة بن الزبير. ولد سنة 26هـ، ومات سنة 94هـ.

ترجمته في الحلية 2 / 176، وطبقات الشيرازي 58 - 59، والخلاصة 265.

(2) قال في المعالم 3 / 196: «. . . أيما امرأة كلمة استيفاء واستيعاب، وفيه إثبات الولاية على النساء كلهن».

(3) بهذا اللفظ ذكره السرخسي في المبسوط 5 / 11، والنووي في المجموع 16 / 26، وابن قدامة في المغني 7 / 338، وحكى تخريجه من لدن أحمد وأبي داود وغيرهما.

وهو في سنن أبي داود في كتاب النكاح، باب في الولي عن عائشة رضي الله عنها بلفظ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها، فنكاحها باطل ثلاث مرات»، فإن دخل بها، فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» وبنحوه، وعن عائشة أيضًا، أخرجه الترمذي في أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. وقال: حديث حسن، وقد روى يحيى بن سعيد الأنصاري، ويحيى بن أيوب، وسفيان الثوري، وغير واحد من الحفاظ عن أبي جريج نحو هذا.

(4) هو عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري. كان حسن الصوت بالقرآن، فقال فيه عليه السلام: «لقد أوتي مزمارًا من مزامير آل داود»، وكان عمر رضي الله عنه إذا رآه قال له: ذكرنا ربنا يا أبا موسى، فيقرأ عنده. أخرج له الجماعة، اختلف في وفاته فقيل: سنة 42هـ، وقيل: 44هـ وقيل غير ذلك.

ترجمته في الحلية 1 / 256، وطبقات الشيرازي 44، والاستيعاب بهامش الإصابة 7 / 3، والإصابة 6 / 194، والخلاصة 210، والرياض 188.

(5) هو أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد الأسلمي الخزاعي، أسلم عام خيبر، كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم أخرج له الجماعة، سكن البصرة، ومات بها سنة 52هـ.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 9 / 19، وطبقات الشيرازي 51، والخلاصة 295، والرياض 219.

(6) هو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر الأنصاري، خادم رسول الله ﷺ، دعا له رسول الله ﷺ فقال: «اللهم ارزقه مالاً وولدًا، وبارك له»، فكان من أكثر الأنصار مالاً وولدًا. مات بالبصرة سنة 90هـ، وقيل: 91هـ، وقيل غير ذلك، وهو آخر من مات بها من الصحابة=

عمر[1] أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي[2]، وصداق، وشاهدي عدل»[3].

ولأنه عقد نكاح، فوجب افتقاره إلى ولي، دليله العقد على الصغير.

ولأن الولي شرط في صحة عقد النكاح، حفظًا للفروج، وصيانة لها لأنه لا يأمن عليها أن تضع نفسها في غير كفء[4]، فيلحق بالولي المعرة[5].

فإذا ثبت هذا فكل ما احتجوا به من الظواهر[6] غير لازم: أما قوله عز وجل: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232] فحجة لنا، لأنه جل وعلا نهى[7] الولي عن العضل، فدل ذلك أن له عقد النكاح عليها إذا ترك العضل، لأنها لو كانت تملك عقد النكاح على نفسها بغير إذن وليها، كما تملك[8] عقد البيع، والإجارة، وغير ذلك من العقود، لم يكن لنهي الله عز وجل الولي عن عضلها عن النكاح فائدة، ولجاز لها أن تعقد النكاح على نفسها

= أخرج له الجماعة ترجمته في طبقات الشيرازي 52 - 53، والاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 205، والخلاصة 40، والرياض 33.

(1) هو أبو عبد الرحمٰن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أحد الصحابة السبعة المكثرين من رواية الحديث. قال الذهبي: كان إمامًا متينًا واسع العلم كثير الأتباع، وافر النسك، كبير القدر، متين الديانة، عظيم الحرمة أخرج له الستة مات بمكة سنة 73هـ، أو 74هـ.

ترجمته في الحلية 1 / 292، وطبقات الشيرازي 49 - 50، وصفوة الصفوة 1 / 563، والإصابة 6 / 167، والخلاصة 207، والرياض 194.

(2) الولي: من له على المرأة ملك أو أبوة، أو تعصيب أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة أو ذي إسلام. شرح الحدود 158، وانظر: حلية الفقهاء 165، والأنيس 267.

(3) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 125.

(4) في الأصل: كفو.

(5) المعرة: العار والعيب والسبة. اللسان / عير.

(6) الظواهر جمع ظاهر، والظاهر عند الأصوليين هو المعنى الذي يسبق إلى فهم السامع من المعاني التي يحتملها اللفظ. ن: الحدود 43، ومفتاح الوصول 75، وسلم الوصول 217، ومنار السالك 15.

(7) في الأصل: نها.

(8) في الأصل: يملك.

سوى[1] عضلها الولي أو لم يعضلها، لأنه يمنعها من عقد هي أملك به منه، ألا ترى أنها لما كانت تملك عقد البيع والإجارة، لم يجر للولي ذكر في ذلك، لا بعضل[2] ولا بغيره؟ فلما ذكر العضل في النكاح، علم أن للولي في العقد عليها حقًا ثابتًا. وأما قوله عز وجل [هـ 140]: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: 230] فإنما أخبر جل وعز عن الحكم كيف هو في المطلقة ثلاثًا، وأنها لا تحل للذي طلقها حتى تنكح زوجًا غيره، وليس معناه أن تتولى العقد بنفسها.

وأما قوله عز وجل: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾ [البقرة: 234] فليس من المعروف، ولا من الشرع المألوف أن تعقد على نفسها بغير إذن وليها.

وقوله عليه السلام: «الأيم أحق بنفسها»[3] ليس فيه أنه عليه السلام قال: هي أحق بالعقد على نفسها، وهو أيضًا معارض[4] بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[5] لأنه نفي عام لا تخصيص[6] فيه.

---

(1) سوى: سواء. قال في اللسان/ سوا: سواء بالفتح والمد مثل سوى بالقصر والكسر.

(2) في الأصل: يعضل.

(3) تقدم تخريجه.

(4) معارض: أي مقابل بدليل مثله أو أقوى منه، لأن المعارضة هي مقابلة الخصم للمستدل بمثل دليله أو بما هو أقوى منه. ن: الحدود 79، والتعريفات 219.

(5) بهذا اللفظ أخرجه الترمذي في سننه 2 / 280 عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه بأسانيد متعددة. وذكر أنه مروي كذلك عن عائشة، وابن عباس، وأبي هريرة، وعمران بن حصين، وأنس رضي الله عنهم.

وبه أيضًا أخرجه الدارمي في سننه 2 / 137، وأبو داود في سننه 2 / 229، وابن ماجة في سننه 1 / 605، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 107، عن عائشة، وابن عباس، وأبي موسى رضي الله عنهم، وفي المغني 7 / 338: قال المروذي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولي»، فقال: صحيح. وقال الزيلعي في نصب الراية: 3 / 184: «قال الحاكم: وهذا الحديث أي: «لا نكاح إلا بولي»، لم يكن للشيخين إخلاء الصحيحين منه...».

(6) التخصيص هو قصر العام على بعض أفراده. ن: سلم الوصول 191، والتعريفات 53.

وقوله عليه السلام لفاطمه[1]: «انكحي أسامة[2] بن زيد»[3] إنما شاورته في رجال[4] طلبوا نكاحها، فقال لها: «انكحي أسامة بن زيد» ولم يرد عليه السلام أنها تتولى العقد على نفسها بنفسها.

وأما تزويج عائشة بنت[5] أخيها فيجوز أن تكون موكلة من قبل أخيها، وأنها قدرت الصداق، ونظرت في الكفء[6]، وأمرت غيرها أن يعقد، وهذا عندنا جائز[7] وقد روي عنها أنها قالت: اعقدوا فإن النساء لا يعقدن[8].

وقولهم: وهذه الإضافة إضافة مباشرة، كله منتقض عليهم بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[9]، وقوله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل»[10].

وتشبيههم النكاح بالبيع، والإجارة، غير صحيح، لأن عقد النكاح عقد

---

(1) هي فاطمة بنت قيس أخت الضحاك وقد تقدمت ترجمتها.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) هم أبو جهم، ومعاوية. ن: صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها.

(5) هي حفصة بنت عبد الرحمٰن بن أبي بكر الصديق، وقد تقدمت ترجمتها.

(6) في الأصل: الكفو.

(7) قال خليل في مختصره 114: «ووكلت مالكة، أو وصية، أو معتقة. . .» وقال في التحفة:
والمرأة الوصي ليست تعقد إلا بتقديم امرئ يعتمد ن: الكافي 80.

(8) بهذا اللفظ أورده السرخسي في المبسوط 5 / 11، في سياق أدلة القائلين بعدم جواز النكاح بعقد النساء، وبلفظ: «كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها، فتشهد، فإذا بلغت عقد النكاح، قالت لبعض أهلها: زوج فإن المرأة لا تلي عقد النكاح». أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 112، عن عبد الرحمٰن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، رضي الله عنهم، وفي عيون الأدلة 18 / 268: أنه روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «أنا أنظر وأدبر، فإذا حضر العقد فاعقدوا، فإن النساء لا يعقدن».

(9) تقدم تخريجه.

(10) تقدم تخريجه.

سكن ومكارمة[1]، وعقد البيوع عقد مشاححة[2] ومغابنة[3] وتنمية، ولا مدخل فيه للولي، وليس كذلك النكاح، فصح الفرقان بين النكاح والبيع. والله أعلم.

* * *

---

(1) المكارمة: التسامح والعفو، وإظهار الكرم من كلا طرفي العقد.

(2) المشاححة من الشح، وهو البخل مع حرص وتشاح المتبايعان، حرص كل منهما على أن يزاد في حظه. ن: لغة الفقهاء 131.

(3) المغابنة من الغبن وهو النقص، والمتغابنان يحاول كل منهما أن ينقص من حظ صاحبه. ن: لغة الفقهاء 328.

مسألة [2]:

[في إجبار البكر البالغ]

يجوز للأب[1] أن يجبر[2] ابنته البكر البالغ على النكاح[3]. وبه قال **الشافعي**[4]، **وأحمد**[5]، **وإسحاق**[6].

---

(1) وكذا وصيه الذي جعل له الإجبار عند المالكية. ن: القوانين الفقهية 172، والجد عند الشافعية. ن: المهذب 2 / 37.

(2) يجبر ابنته: يزوجها بمن شاء وعلى أي وجه شاء، ما لم يكن في ذلك ضرر.

والإجبار: هو حمل ذي الولاية الغير على تصرف ما، تنفيذًا لحكم الشرع. ن: لغة الفقهاء 43.

(3) ولو عانسًا على المشهور من قولي مالك. ن: أسهل المدارك 2 / 70: وعلى القول الآخر لا بد من اعتبار رضاها. ن: البداية 2 / 4، وقد عد ابن هبيرة الحنبلي هذا القول الأخير هو أظهر الروايتين عن مالك. فقال في الإفصاح 2 / 112: «واستثنى مالك في أظهر الروايتين عنه المعنسة، وهي التي طال مكثها في بيت أبيها، حتى بلغت أربعين سنة، وكذلك التي زوجت، وخلا بها الزوج، وطلقت من غير دخول بها، وقد باشرت الأمور، وعرفت مصالحها ومضارها، فقال: لا يملك الأب إجبارها». وانظر: اختصار عيون المجالس 2 , 45، ومسائل الخلاف 2 , 160.

(4) قال في الأم 5 / 23: ولأب البكر أن يزوجها صغيرة وكبيرة بغير أمرها، وأحب إلي إن كانت بالغًا أن يستأمرها.

(5) في إحدى الروايتين عنه، وهي الأظهر. ن: الإفصاح 2 / 112.

(6) هو أبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه، المحدث الفقيه الورع، سئل عنه الإمام أحمد، فقال: إسحاق عندنا إمام من أئمة المسلمين، وما عبر الجسر أحد أفقه من إسحاق. توفي سنة238هـ بنيسابور. أخرج له الستة إلا ابن ماجة.

ترجمته في طبقات الشيرازي 94، وطبقات الحنابلة 1 / 109، وطبقات الحفاظ 191، والخلاصة 27.

وقال أبو حنيفة والثوري[1]**، والأوزاعي**[2]: لا يجبر على ذلك[3].

واحتج أصحابه بقوله [ﷺ][4]: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[5] والأيم هي المرأة التي لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا. قالوا[6]: فهو على عمومه.

قالوا: ولأن الأب لما لم يكن يملك عليها الجبر في مالها، إذا كانت حرة بالغة رشيدة[7]، فكذلك لا يملك الحجر[8] والإجبار عليها في بضعها[9] إلا بإذنها ورضاها.

قالوا: ولأن الأب يتولى مال الصغير وبضعه، فإذا بلغ رشيدًا، زالت ولايته عن ماله وبضعه، فكذلك الابنة إذا بلغت رشيدة، زالت ولايته عن مالها وبضعها.

---

(1) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الكوفي الثوري. قال ابن عيينة: ما علمت رجلاً أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري، مات بالبصرة سنة 161هـ. أخرج له الستة.
ترجمته في طبقات الشيرازي 84 - 85، وطبقات الحفاظ 95، والخلاصة 145.

(2) هو أبو عمرو عبد الرحمٰن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، محدث الشام، خرج له الستة، مات 157هـ.
ترجمته في طبقات الشيرازي 76، وطبقات الحفاظ 85، والخلاصة 232.

(3) قال في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى 178 - 179: «وإذا زوج الرجل ابنته، وقد أدركت، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: إذا كرهت ذلك، لم يجز النكاح عليها، لأنها قد أدركت وملكت أمرها. فلا تكره على ذلك.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) تقدم تخريجه.

(6) في الأصل: قال.

(7) الرشيدة: هي التي تحسن التصرف في مالها، ولا تخدع في البيع والابتياع.

(8) الحجر: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته، أو تبرعه بماله. شرح الحدود 313، وانظر: حلية الفقهاء 142، والمغرب 103، والتعريفات 82، والأنيس 265، ولغة الفقهاء 175.

(9) البضع بضم الباء، يطلق على عقد النكاح، وعلى الجماع، وعلى فرج المرأة، ومنه الحديث الشريف: «تستأمر النساء في أبضاعهن». ن: القاموس / بضع، والقاموس الفقهي 38، ولغة الفقهاء 108.

قالوا: ولأنها امرأة بالغ حرة رشيدة، فلم يكن لأبيها إجبارها على النكاح، دليله ما إذا كانت ثيبًا.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها»[1] الذي هو الأب، وهو من باب دليل الخطاب[2]. وهو موافق لنا على القول به[3].

وقوله عليه السلام: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[4] فدل ذلك على أن غير اليتيمة إذا كانت بكرًا ذات أب تنكح بغير إذنها، وأنه لا يفتقر إلى نطقها مع القدرة عليه، فكانت كالبكر الصغيرة قبل البلوغ، فإن للأب إنكاحها من غير أن يستأمرها بغير خلاف، فوجب أن تكون البكر البالغ كذلك، والعلة الجامعة[5]

---

(1) بهذا اللفظ أخرج مسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، عن ابن عباس رضي الله عنه، وزاد في آخره: «والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها».

قال في نصب الراية 3 / 193: «قال في التنقيح: لا دلالة في هذا الحديث على أن البكر ليست أحق بنفسها إلا من جهة المفهوم، والحنفية لا يقولون به، ثم على تقدير القول به ـ كما هو الصحيح ـ لا حجة فيه على إجبار كل بكر، لأن المفهوم لا عموم له، فيمكن حمله على من هي دون البلوغ، ثم إن هذا المفهوم قد خالفه منطوق، وهو قوله: «والبكر تستأذن»، والاستئذان مناف للإجبار.

(2) دليل الخطاب هو: قصر حكم المنطوق به على ما تناوله، والحكم للمسكوت به بما خالفه. ن: الحدود 50. وهو يعرف أيضًا بمفهوم المخالفة. ووجه كون هذا الحديث من باب دليل الخطاب هو: أن الثيب منطوق بحكمها، وهو: أنها أحق بنفسها من وليها، والبكر مسكوت عنها، فوجب أن يكون حكمها غير حكم الثيب، وهو: ألا تكون أحق بنفسها من وليها.

(3) لم أقف على من قال بأن أبا حنيفة يوافق على القول بدليل الخطاب، وهو مفهوم المخالفة، والذي في المبسوط 5 / 9، وهو أجل كتب الحنفية، وهو: «والمفهوم عندنا ليس بحجة». وهو نقيض المدعى بالمتن كما يظهر. والله أعلم.

(4) بهذا اللفظ في قصة طويلة، أخرجه الدارقطني في سننه 3 / 230 في كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 120. معًا عن ابن عمر رضي الله عنه.

(5) العلة هي: «الوصف الجالب للحكم... ومعنى ذلك: أن المعاني المحكوم بها موصوفة بصفات، فما كان منها جالبًا للحكم فهو علة... وما كان من الأوصاف لا يجلب حكمًا، =

بينهما وجود البكارة[1]، مع كونها خالية من الزوجية، والعدة[2]، والردة[3]، والإحرام[4].

ولأن كل ولاية[5] تثبت للأب على الصغيرة البكر، لمْ تسقط بمجرد البلوغ، دليله الولاية في المال[6].

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من الأحاديث، فهو معارض بما ذكرناه ورويناه، ومع التعارض تسقط الحجة[7].

= فليس بعلة». الحدود 72.

والعلة الجامعة هي العلة المشتركة بين الأصل والفرع، والتي بسبب تحققها في الفرع، ألحق بالأصل في حكمه، مثال ذلك: الخمر ونبيذ الشعير المسكر، فالخمر أصل ورد النص بحكمه الذي هو الحرمة، والعلة: الإسكار، ونبيذ الشعير لم يرد نص بحكمه، ولكن علة الحكم موجودة به، وهي الإسكار، فيلحق بالأصل في حكمه وهو الحرمة، للعلة الجامعة، وهي الإسكار.

(1) البكارة: هي كون المرأة بكرًا، وقد تقدم بيان معنى البكر.

(2) العدة: تربص وانتظار ووقف يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد أو شبهته. ن: حلية الفقهاء 183، والتعريفات 148، والأنيس 167، والقاموس الفقهي 242، ولغة الفقهاء 306.

(3) الردة: «قطع من يصح طلاقه الإسلام بكفر، عزمًا، أو قولاً، أو فعلاً، استهزاء كان ذلك أو عنادًا أو اعتقادًا، كنفي وجود الله تعالى، أو نفي نبي، أو تكذيبه، أو جحد أمر مجمع عليه معلوم من الدين بالضرورة بلا عذر، أو تردد في كفر، أو إلقاء مصحف بقاذورة، أو سجود لمخلوق». القاموس الفقهي 147، وانظر: لغة الفقهاء 221.

(4) الإحرام: الدخول في حرمة الله، ومنه الإحرام بالصلاة، والحج، ويراد به عند الإطلاق: الإحرام بحج أو عمرة. ن: القاموس الفقهي 85، ولغة الفقهاء 47.

(5) الولاية: «حق تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى». لغة الفقهاء. وهي أنواع: «ولاية عامة، وولاية خاصة، وولاية على المال، وولاية على النفس، وولاية النكاح.

(6) التي لا تسقط عند المالكية ـ كما سنرى قريبًا ـ بمجرد بلوغ البكر الصغيرة، وإنما بعد دخول الزوج بها وإيناس رشدها.

(7) لأنه إذا تساوى الدليلان، أو كان دليل المعترض أقوى، لم يكن في دليل المستدل حجة ملزمة عند أهل المناظرة والجدل والخلاف.

وقولهم: إن الأب لما لم يملك الجبر عليها في مالها بعد رشدها[1]، فكذلك في بضعها، غير لازم لنا، لأن رشدها وفك حجرها عندنا، لا يكون إلا بعد الدخول بها، وإيناس رشدها، أما قبل ذلك، فولاية الأب مستمرة عليها، فلذلك جاز إجبارها على النكاح.

وقياسهم بضعها ومالها على مال الصغير وبضعه، غير صحيح. لأن علة إجبارها عندنا وجود البكارة، فجاز إجبارها كالبكر الصغيرة قبل البلوغ.

وقياسهم إياها على الثيب غير صحيح، لأن العلة التي توجب إجبارها قد ذهبت، وهي البكارة، والله أعلم[2].

***

---

(1) الرشد: «البلوغ مع حسن التصرف بالمال». لغة الفقهاء 222.

(2) وأصل الخلاف في هذه المسألة يرجع أساسًا كما في البداية 2 / 5 إلى موجب الإجبار ما هو؟ هل هو البكارة أو الصغر؟

فمن قال الصغر كأبي حنيفة قال: لا يُجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة كالشافعي قال: يُجبر البكر البالغ، ويُجبر الثيب الصغيرة، ومن قال: كل واحد من الصغر والبكارة يوجب الإجبار إذا انفرد، كالإمام مالك قال: يجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ.

مسألة [3]:

[في تزويج اليتيمة]

لا تزوج اليتيمة حتى تبلغ، وتأذن بالقول، ولا إذن لغير البالغ[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يجوز لأوليائها أن يزوجوها قبل البلوغ إلا أن لها الخيار إذا بلغت[3].

وقال القاضي أبو يوسف[4]: لا خيار لها جملة[5].

[هـ 141] **واحتج أصحابه** بقوله عز وجل: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: 32]، فأطلق ولم يفرق بين بالغ وغير بالغ.

قالوا: والأيـم: كل امرأة لا زوج لهـا بكرًا كانـت أو ثيبًـا، صغيـرة

---

(1) قال في المنتقى 3 / 266: «وبكر لا تنكح ولا تستأذن، وهي اليتيمة التي لم تبلغ المحيض، فإن اليتيمة لا تزوج إلا بإذنها، والتي لم تبلغ لا يصح إذنها، فلا يصح إنكاحها... وقال ابن العربي في أحكامه 1 / 10: «إذا افتقرت أو عدمت الصيانة، جاز إنكاحها قبل البلوغ»، وقال في أسهل المدارك 2 / 72: «قال العلامة الدسوقي: والحاصل أن بلوغها مطلوب، لمراعاة القول الآخر وهو مذهب المدونة، ومثله في الرسالة، وليس شرطًا يتوقف عليه تزويجها على القول الذي جرى به العمل بتزويجها... قال العدوي: المعتمد في هذه المسألة ما ارتضاه المتأخرون من أن المدار على خيفة الفساد، فمن خيف عليها الفساد في مالها أو في حالها، زوجت بلغت عشرًا أو لا، رضيت بالنكاح أو لا، فيجبرها وليها على التزويج، ووجب مشاورة القاضي في تزويجها».

(2) قال في المهذب 2 / 37: «ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن».

(3) انظر: تحفة الفقهاء 2 / 220، والبداية 2 / 5، والبدائع 2 / 241 - 242، وشرح السنة 9 / 37.

(4) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي صاحب أبي حنيفة وناشر مذهبه، توفي ببغداد سنة 182هـ.

ترجمته في الانتقاء 172، وطبقات الشيرازي 134، وتاج التراجم 81، والفوائد البهية 225.

(5) انظر تحفة الفقهاء 2 / 220.

كانت أو كبيرة.

قالوا: وقال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3]، قالت عائشة رضي الله عنها: «نزلت هذه الآية في الرجل يكون في حجره اليتيمة، فيرغب في نكاحها لمالها، ويخاف ألا يقسط في أمرها، فنزلت هذه الآية، ومعناها: إذا علمتم من أنفسكم العدل والقسط فيهن، وفي أموالهن، فلا جناح عليكم في تزويجهن، وإن خفتم ألا تقسطوا فيهن، فانكحوا ما طاب لكم من النساء غيرهن»[1].

قالوا: ووجه تقرير الدليل من الآية، هو: أن اليتيمة الصغيرة لو كانت ممن [لا][2] يجوز أن يعقد عليها، لم يكن لذكر الإقساط[3] والخوف منه معنى[4].

قالوا: فإذا صح هذا، فالإقساط المذكور، المخوف منه، إنما يكون مع وجود الصغير والضعيف[5] عن الانتصار، قالوا: فصح ما قلناه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[6]. وروى أبو هريرة[7]، أن النبي ﷺ قال: «تستأمر اليتيمة في

---

(1) لم أقف على هذا الأثر بهذا اللفظ، وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب تزويج اليتيمة، عن عروة بن الزبير: «أنه سأل عائشة رضي الله عنها، قال لها: يا أمتاه: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى. . . -إلى- ما ملكت أيمانكم﴾ قالت عائشة: يا ابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، فيرغب في جمالها ومالها، ويريد أن ينتقص من صداقها، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا لهن في إكمال الصداق، وأمروا بنكاح من سواهن من النساء. . .».

(2) تكملة لازمة.

(3) في الأصل: الأسقاط، والإقساط: العدل.

(4) في الأصل: معنا.

(5) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مع وجود الصغر والضعف.

(6) تقدم تخريجه.

(7) هو أبو هريرة عبد الرحمٰن بن صخر الدوسي الصحابي الحافظ إمام المكثرين من رواية الحديث، مات سنة 59هـ.

نفسها»[1].

ولأن الأصل في الفروج على الحظر[2]، فلا تستباح[3] إلا بعقد نكاح، أو ملك يمين، بيقين لا شك فيه.

وإن غير الأب من الأولياء، ليس له التصرف في مال هذه اليتيمة بغير خلاف، فألا يكون له التصرف في بضعها أولى وأحرى[4]. دليله الأجنبي.

ولأن كل من لم يكن له إجبارها بعد البلوغ، لم يكن له إجبارها عليه قبله. دليله: الخال[5] وعكسه الأب.

فإذا ثبت هذا، فليس في شيء مما احتجوا به دليل يؤذن بجواز العقد عليها قبل البلوغ، مع أن كل ما ذكروه معارض بنص قوله عليه السلام: «هي يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها»[6]، ولا شك أن غير البالغ لا إذن لها.

وقد قال عليه السلام: «تستأمر اليتيمة في نفسها»[7] فكيف يستأمر من لا يجوز أمره في شيء؟ وهو مع ذلك غير مكلف، والقلم عنه مرفوع[8] هذا بين لا إشكال فيه إن شاء الله.

= ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 12 / 167 - 176، والإصابة 12 / 63 - 79، والخلاصة 462.

(1) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 120: عن أبي هريرة، وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، وتمامه عن الأول: «فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت، فلا جواز عليها»، وعن الثاني: «فإن سكتت فقد أذنت، وإن أنكرت لم تكره».

(2) الحظر: منع الشيء منعًا يثاب على تركه، ويعاقب على فعله». لغة الفقهاء 182.

(3) في الأصل: يستباح.

(4) في الأصل: أولا وأحرا.

(5) في الأصل: الحال.

(6) تقدم تخريجه.

(7) تقدم تخريجه.

(8) يشير إلى قوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل».

أخرجه الدارمي في سننه 2 / 171: عن عائشة رضي الله عنها.

مسألة [4]:

[في حكم الإشهاد على عقد النكاح]

الإشهاد على عقد النكاح من شروط كماله ونفوذه دون صحته، فإن عري العقد عن الإشهاد صح، إلا أنه لا يدخل بها حتى يشهد[1]. **وبه قال داود[2] بن علي، وأبو ثور[3]**.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد، ولا يصح إلا بالإشهاد عليه[4].

واحتج أصحابهما بقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي، وصداق،

---

(1) قال في المدونة 2 / 158: «... عند مالك: إذا تزوج بغير بينة، فالنكاح جائز، ويشهدان فيما يستقبلان»، وقال في المقدمات 366: «... الإشهاد إنما يجب عند الدخول، وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج لم يشهد، فنكاح صحيح، ويشهدان فيما يستقبلان»، وقال في حلي المعاصم بهامش البهجة 2 / 239: «وقال في الواضحة: قال مالك: من نكح ولم يشهد لم يضره، لكن لا يبني حتى يشهد».

وانظر: الإشراف 2 / 93، والبداية 2 / 13، واختصار عيون المجالس 46 و: 1.

(2) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الظاهري، كان متعصبًا للشافعي، ثم انتقل عنه، وصار له أتباع معروفون بالظاهرية، توفي ببغداد سنة 270هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 72، وطبقات العبادي 58.

(3) هو إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبي البغدادي، كان من أصحاب محمد بن الحسن، ثم انتقل إلى الشافعي. أحد الأئمة المجتهدين، خرج له مسلم، وأبو داود، وابن ماجة، توفي 240هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 92 و101 - 102، وطبقات العبادي 22، والخلاصة 17.

(4) قال في البدائع 2 / 252: «قال عامة العلماء: إن الشهادة شرط جواز النكاح، وقال مالك ليست بشرط، وإنما الشرط هو الإعلان، حتى لو عقد النكاح، وشرط الإعلان، جاز وإن لم يحضره شهود». وانظر: المبسوط 5 / 35، والأم 5 / 23.

وأصل الاختلاف في هذه المسألة كما في البداية 2 / 13 هو: «هل الشهادة حكم شرعي؟ أم إنما المقصود بها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال: حكم شرعي. قال: هي شرط من شروط الصحة. ومن قال: توثق، قال: من شرط التمام.

وشاهدي عدل»[1].

قالوا: وروي: «إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل»[2].

قالوا: وقد قال عليه السلام: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح[3]، خاطب، وولي، وشاهدان»[4].

قالوا: الحق[5] في سائر العقود، لا يتجاوز المتعاقدين، وفي النكاح يتجاوزهما، لأنه يتعلق بالنسب، وحفظ الفراش، واحتيط[6] فيه بالإشهاد خوف الجحود.

ولأن الإشهاد وضع فرقًا بين النكاح والسفاح، لأن الزنا يقع في العادة مستترًا، فشرط الإشهاد في النكاح، لتحصين[7] الأنساب وحفظها.

ولأنه عقد مقصود به استباحة وطء[8]، فوجب أن يبطله ترك الإشهاد عليه، أصله[9]: ما إذا شرط فيه الكتمان.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 3]، وقوله: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فأمر بالنكاح مطلقًا، ولم يأمر بالإشهاد.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 122، في باب: لا نكاح إلا بولي، عن كتاب النكاح، من ابن عباس رضي الله عنه.

(3) السفاح: الزنا. لغة الفقهاء 245، وانظر: غريب المدونة 85، واللسان / سفح.

(4) هكذا ذكره في المبسوط 5 / 11، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، وفي المغني 7 / 339: «قال ابن المنذر: لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر».

(5) الحق هو كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه. انظر: التعريفات 89، ولغة الفقهاء 182، ومذكرة النجاري.

(6) في الأصل: أحيط.

(7) في الأصل: ليحصن.

(8) في الأصل وطي، وهو كذلك حيث ورد مضمومًا أو مكسورًا.

(9) أصله: دليله وقياسه. ن: شرح التنقيح 16.

وروى القاسم[1] بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف»[2]. فأمر عليه السلام [هـ 142] بإظهاره وإعلانه طربًا، لا بالإشهاد عليه.

وأما من جهة المعنى فنقول: النكاح عقد معاوضة، فلم يكن من شرط صحته الشهادة عليه. دليله سائر المعاوضات[3].

ولأنه عقد على استباحة منافع، فأشبه الإجارة.

ولأنه عقد يتوصل به إلى استباحة بضع، فلم يكن الإشهاد عليه شرطًا في صحته. دليله: ما إذا اشترى أمة للوطء، لأن العقود على ضربين: عقد على الرقاب[4]، وعقد على المنافع[5]: وقد أجمعنا على جواز العقد على الموضعين من غير إشهاد، فوجب أن يكون ما اختلفنا فيه كذلك.

ولأنه عقد يستباح به بضع امرأة حرة، فلم يكن الإشهاد شرطًا في صحته. دليله: ما لو طلقها، ثم ارتجعها.

ولأنه معنى يقصد به التوثق في الشرع، فلم يكن الإشهاد عليه شرطًا في صحته. أصله: الرهن[6] والكفالة[7].

---

(1) هو أبو محمد أو أبو عبد الرحمٰن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أحد الفقهاء السبعة، إمام عالم ثقة، قال أبو الزناد: «ما رأيت أحدًا أعلم بالسنة منه»، قيل توفي سنة 106هـ، وقيل غير ذلك.

ترجمته في الحلية 2 / 183، وطبقات الشيرازي 59، وطبقات الحفاظ 45.

(2) بهذا اللفظ أخرجه الترمذي في سننه 2 / 276، في كتاب النكاح، عن عائشة رضي الله عنها، وقال: هذا حديث حسن غريب في هذا الباب، وأخرجه عنها أيضًا ابن ماجة في سننه 1 / 11 بلفظ: «أعلنوا هذا النكاح، واضربوا عليه بالغربال».

(3) في الأصل: المعوضات.

(4) كالدور والأرضين مثلاً.

(5) كعمل الأجير، وسكنى الدار، وما أشبه ذلك.

(6) الرهن: «حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين»، التعريفات. وانظر: حلية الفقهاء 141، والطلبة 297، والمغرب 203، والأنيس 289.

(7) الكفالة: «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا، بدين، أو بنفس، أو بعين». =

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي»(1)، محمول على نفي الكمال والفضيلة(2)، وهو كقوله عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا بالمسجد»(3)، والأخبار الأُخَر(4) محمولة على الإعلان، وترك التواطؤ فيه على الكتمان، لأن النكاح المتواطأ فيه على الكتمان فاسد عندنا لنهيه عليه السلام عن نكاح(5) السر؛ وقد رفع إلى عمر رضي الله عنه رجل تزوج امرأة وكتم تزويجه، ففرق بينهما وقال: «هذا نكاح سر، ولو تقدمت فيه لرجمت»(6).

وقولهم: إن العقد في النكاح يتجاوز المتعاقدين لحفظ النسب والفراش باطل بالنسب بملك اليمين.

ولو صح ما قالوه، لم يكن له نفي ولد الحرة باللعان(7)، وقد أجاز له

= القاموس الفقهي 322. وانظر: التعريفات 185، ولغة الفقهاء 382 - 383.

(1) تقدم تخريجه مختصرًا. وتمامه: «وصداق وشاهدي عدل».

(2) لقد حمل المؤلف هذا الحديث نفسه حين الرد على من قال بصحة عقد المرأة نكاحها بنفسها، على خلاف ما حمله عليه هنا حيث احتج به هناك على أن الولي شرط في صحة العقد على المرأة، وقال عنه ما قال هنا!!.

(3) قال في الأحاديث الضعيفة 217: «أخرجه الدارقطني والحاكم، والبيهقي، كلهم من طريق سليمان بن داود اليماني عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة مرفوعًا؛ قال البيهقي: وهو ضعيف، وعلة ضعفه: سليمان الذي في سنده قال عنه ابن معين: ليس بشيء. وقال البخاري: منكر الحديث. وانظر: التعليق المغني بهامش الدارقطني 1 / 420.

(4) في الأصل: الأمر.

(5) نكاح السر هو: ما عقد بغير عدلين، وقيل: هو ما أمر الشهود حين عقده بكتمه، وقيل: هو ما كان بلا تشهير. ن: شرح الحدود 162، والتعريفات 246.

(6) هذا الأثر أخرجه مالك في الموطأ 364، والشافعي في الأم 5 / 23، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 126، كلهم عن أبي الزبير المكي، ولفظه في الموطأ: «عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح سر، ولو تقدمت لرجمت فيه».

(7) اللعان: شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حقه (أي الزوج)، ومقام حد الزنا في حقها (أي الزوجة). ن: التعريفات 192، وحلية الفقهاء 182.

الشرع نفيه .

ولأن أصل مذهبهم جواز كتمان شهادة الشاهدين في عقد النكاح، وأن العقد لا يفسد بذلك، وهو ما لا يقع به فرق بين النكاح والسفاح .

وقولهم: ولأنه عقد مقصود به استباحة وطء، فوجب أن يبطله ترك الإشهاد، أصله ما إذا شرط فيه الكتمان، باطل بالأمة، التي تستباح بالوطء على حسب ما قدمناه . والله أعلم .

* * *

مسألة [5]:

[في حكم ولاية الفاسق عقد النكاح]

يجوز أن يكون الفاسق[1] وليًا في عقد النكاح على وليته[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: لا يكون وليًا بحال[4].

واحتج أصحابه بحديث يرويه عن النبي عليه السلام، أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل»[5].

قالوا: والمرشد من له رشد، والفاسق من لا رشد له.

قالوا: ولأن النكاح عقد يكسبها مالاً، فلا يكون الفاسق فيه وليًا، دليله: ولاية المال.

ولأن الفسق معنى يوجب الحجر عليه، فوجب أن يمنع من عقد النكاح

---

(1) الفاسق: هو العاصي المرتكب للكبائر قصدًا، أو المصر على الصغائر، من غير تأويل، مع الإقرار لله بالوحدانية. ن: المفردات 394، والتعريفات 164، ولغة الفقهاء 346.

(2) قال في الإشراف 2 / 93: «فسق الولي لا يزيل ولايته خلافًا للشافعي». وانظر: اختصار عيون المجالس 1 و46.

(3) قال في البدائع 2 / 239: «وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا، وللفاسق أن يزوج ابنه وابنته الصغيرين، وعند الشافعي شرط، وليس للفاسق ولاية التزويج». وقال في حاشية الدر المختار 2 / 25: «ويحمل المذهب على ما إذا كان الفاسق غير سيىء الاختيار، ولا متهتكًا، فأما سيىء الاختيار فتزويجه من غير كفء، أو بنقص مهر، باطل إجماعًا على ما في الفتاوي الهندية على السراج الوهاج».

(4) وهو المنصوص في المذهب وعند بعض الأصحاب قول آخر بالجواز المشروط، قال في المجموع 16 / 157: «ولا يجوز أن يكون فاسقًا على المنصوص. . .» ومن أصحابنا من قال: «إن كان أبًا أو جدًا لم يجز. وإن كان غيرهما من العصبات جاز، لأنه يعقد بالإذن فجاز أن يكون فاسقًا كالوكيل»، وقال ابن الجهم من المالكية: «الفاسق لا يلي تزويج ابنته في قول. .». ن: مسائل الخلاف 1 , 163.

(5) تقدم تخريجه.

على غيره. دليله: العبد.

قالوا: ولأن الولاية على الغير في عقد النكاح ولاية نظر واجتهاد، قالوا: ولا نظر ولا اجتهاد في ولاية فاسق، لأن فسقه يضاد جميع أسباب النظر[1]، ويمنع توفر دواعيه، لأن العدالة سبب من أسباب النظر في مسألتنا مثل القرابة، سواء، إلا أن القرابة تبعث على النظر من حيث النسب، والتعصيب[2]، والوصلة[3]، والرحمية[4]، والعدالة[5] تبعث على النظر من حيث الديانة، والديانة أهم، فإذا ترك النظر في الأهم، فإن تركه فيما هو دونه أحرى[6].

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: 25]، فلم يشترط جل وعلا فيمن يتولى عقد النكاح عدالة، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[7]، وهذا عقد ولي، ولم يشترط فيه عليه السلام عدالة.

ولأن الولاية على ضربين: ولاية دين، وولاية نسب؛ وقد أجمعنا على أن فسقه لا يزيل ولايته على أمته، فوجب أن يكون فسقه غير مزيل لها عن ابنته وأخته.

ولأن الفسق صفة لا تمنع من ولاية عقد النكاح. دليله: عقد الكافر الكتابي النكاح على وليته الكافرة الكتابية من مسلم.

---

(1) النظر: الحفظ، والرعاية، وحسن التصرف. ن: اللسان / نظر.

(2) التعصيب: الإرث من غير فرض مقدر، وعصبة الرجل: أولياؤه الذكور من ورثته. ن: لغة الفقهاء 136، واللسان / عصب.

(3) الوصلة: الاتصال والاجتماع، ومبادلة المحبة، ويقال بينهما وصلة، أي اتصال. ن: لغة الفقهاء 504، واللسان / وصل.

(4) الرحمية: القرابة. وأصلها من الرحم الذي هو منبت الولد. ن: اللسان / رحم.

(5) العدالة هي: الاستقامة على الحق باجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، وتحاشي ما فيه خسة من سائر التصرفات». ن: التعريفات 147، ولغة الفقهاء 307.

(6) في الأصل: أحرا.

(7) تقدم تخريجه.

وإذا كان الكفر لا يمنع ولاية عقد النكاح: دليله: عقد الكافر الكتابي، فالفسق أولى وأحرى ألا يمنع من ذلك.

ولأن الفاسق يملك الولاية على نفسه بغير خلاف، ومن جازت ولايته على نفسه، جازت ولايته على غيره.

ولأنه حر مسلم بالغ عاقل، فجاز أن يزوج وليته، دليله العدل.

[هـ 143] ولأن الولاية تصرف مخصوص، واليد[1] والتصرف قد وجدتا فيه، وأما المحل[2] فإنه مختلف، فمرة يكون هو، ومرة يكون غيره، واختلاف المحل لا يوجب سلب التصرف.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من الحديث غير صحيح، ولم يثبت عند أحد من أهل النقل الذين يوثق بهم، ولو كان صحيحًا لم يقم به حجة، لأنه يحتمل أن يكون النفي في قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي مرشد»[3] نفي كمال، ونفي الكمال في النكاح لا يفسد به النكاح، وهذا كقوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»[4]، وقد فهمت الأمة عن نبيها عليه السلام، أنه إنما أراد نفي الكمال والفضيلة، دون الإجزاء[5]، فوجب أن يكون النكاح كذلك. هذا إذا سلمنا لهم أن الحديث صحيح.

وقولهم: ولأنه عقد يكسبها مالاً، فلا يكون الفاسق فيه وليًا. دليله: ولاية المال، باطل بما يكتسبه من مال بعقد قراض، أو إجارة، أو بيع، وما أشبه ذلك، لأن ذلك كله يكسبها مالاً، ولا يشترط في الذي يكسبها ذلك أن يكون رشيدًا[6].

وقولهم: إن الفسق معنى يوجب الحجر عليه، مع ما ذكروه من قياسهم

---

(1) اليد: الحوز والملك والتصرف، وذو اليد: من كانت العين تحت يده، أو من ثبت تصرفه تصرف الملاك. ن: لغة الفقهاء 513.

(2) المحل: موضوع التصرف أو العقد.

(3) تقدم تخريجه.

(4) تقدم تخريجه.

(5) الإجزاء: الصحة.

(6) في الأصل: راشدا.

على العبد، جمع غير صحيح، والفرق بين السؤالين: هو أن المال محل الجنايات[1] الخفية، والمال في نفسه على الحقيقة آلة الفاسق، لأنه يصل به إلى شهواته وملاذه، فأمر الشارع بحياطة المال، وصيانته بيد عدل؛ إذ[2] المال محل الجنايات[3] والنكاح ليس محل الجنايات الخفية فافترقا، والله أعلم.

وقياسهم على العبد، غير لازم، لأن حال العبد حال ناقص عن حال الحر في جراحه[4]، وشهادته[5]، وحدوده[6]، وطلاقه[7]، وغير ذلك[8] والحجر عليه لحق سيده، والحجر على السفيه الحر لحق نفسه، فلا جمع بينهما بحال.

وما ذكروه من النظر والاجتهاد، وأشباه ذلك، فالحنان والشفقة الموجودة فيه لوليته طبعًا، لا يخل[9] به فسقه قطعًا، وهذا من جبلة[10] الخلق محسوس. والله أعلم.



(1) الجنايات: هي كل فعل محظور، يتضمن ضررًا على النفس أو غيرها. ن: التعريفات 79، ولغة الفقهاء 167.

(2) في الأصل: إذا.

(3) ربما كانت هنا كلمة في الأصل فات الناسخ أن يثبتها، هي: «الخفية». يدل على ذلك ما قبلها وما بعدها.

(4) الجراح: جمع جرح وهي الشقوق في البدن فيما دون الوجه والرأس. لأن ما كان فيهما يسمى الشجة. ن: القاموس الفقهي 60، ولغة الفقهاء 162.

(5) الشهادة: الإخبار بحق شخص على غيره عن شهادة وعيان، لا عن تخمين وحسبان. ن: لغة الفقهاء 266، وحلية الفقهاء 207، والتعريفات 129.

(6) الحدود: جمع حد، وهي العقوبة المقدرة الواجبة حقًا لله تعالى. ن: حلية الفقهاء 199، والتعريفات 83. وحد الأمة والعبد على النصف من حد الحرة في الزنا. الإشراف 2 / 219.

(7) حيث منتهاه طلقتان.

(8) كزواجه حيث يحتاج فيه إلى إذن سيده.

(9) في الأصل: يخله.

(10) الجبلة: الفطرة، والغريزة، والصفة المركوزة في أصل الخلقة. ن: لغة الفقهاء 160.

مسألة [6]:

[في حكم تزويج المرأة من لدن وليين]

إذا زوج المرأة وليان، كل واحد منهما لا يعلم بتزويج الآخر، كان العقد للأول، إلا أن يدخل بها الثاني. فيكون أحق بها[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: الأول أحق بها على كل حال، دخل بها الثاني أو لم يدخل[2].

واحتج أصحابهما بحديث سمرة[3] أن النبي ﷺ قال: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»[4].

---

(1) قال في الإشراف 2 / 97: «إذا أذنت لوليين فزوجاها، ثم علم الأول بدخول الثاني، ثبت عقد الثاني، وانفسخ عقد الأول، وقال أبو حنيفة والشافعي: عقد الأول ثابت على كل حال. وقال في المقدمات 361: «. . . واختلف إن علم أن الثاني هو الذي دخل، ففي المدونة أنه يثبت نكاحه، وقال المغيرة وابن عبد الحكم: يفسخ نكاحه وترد إلى الأول. والخلاف في هذا جار على اختلافهم في الوكالة. هل تفسخ بنفس الفسخ، أو لا تفسخ إلا بوصول العلم فمن رأى أنها لا تنفسخ إلا بوصول العلم، قال: إن النكاح لا ينفسخ بشبهة العقد، وهو الذي في المدونة، ومن رأى أنها تنفسخ بنفس الفسخ، وهو ها هنا تزويج الأول، قال: إن النكاح يفسخ، لأن الغيب كشف أنه لا نكاح له. لأنه تزوجها بعد فسخ الوكالة. وانظر: اختصار عيون المجالس 2 و46.

(2) انظر: الأم 5 / 17، وقال في المهذب 2 / 39: «. . . وإن علم السابق وتعين، فالنكاح هو الأول، والثاني باطل»، وقال في البدائع 2 / 252: «وإذا علم السابق منهما من اللاحق، جاز الأول، ولم يجز الآخر».

(3) هو أبو سليمان سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، صحابي خرج له الجماعة، قال ابن سيرين: كان سمرة عظيم الأمانة، صدوق الحديث، يحب الإسلام وأهله، توفي بالبصرة، قيل: سنة 58، وقيل: 59، وقيل: 60هـ.

ترجمته في الإصابة 1 / 257، والخلاصة 156، والرياض 107، والإعلام 203.

(4) بهذا اللفظ أخرجه الشافعي في الأم 5 / 17، والبيهقي في السنن الكبرى 7 / 141، مع إبدال نكح بـ أنكح، عن عقبة بن عامر. قال البيهقي: والصحيح رواية من رواه عن سمرة بن جندب. =

قالوا: فلم يفرق عليه السلام بين أن يكون الثاني دخل بها أو لم يدخل.

ولأن الثاني لو لم يدخل بها، لكان الأول أحق بها، وكذلك إذا دخل.

قالوا: ولأن الوطء لا تأثير له في صحة العقد، ولا في إفساده. ألا ترى أنه لو نكح امرأة في عدتها، أو في حال ردتها، أو في إحرامها أن النكاح باطل، دخل أم لم يدخل؟

قالوا: ولأنه نكاح امرأة ذات زوج، وجب أن يكون نكاحه باطلاً. دليله: ما إذا علم أنها متزوجة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»[1]، ولا يكون أحق، إلا وللثاني أيضًا حق، وحقه تفوق عقده بالدخول.

ولأنهما نكاحان تعارضا في عين منكوحة واحدة، فرجح أحدهما بالسبق، والآخر بالدخول، فكان الترجيح[2] بالدخول آكد وأولى، لما تعلق به من الحقوق التي هي كمال المهر، ولحوق النسب، وانتشار الحرمة بين الآباء والأبناء، ووجوب العدة، وغير ذلك من أحكام النكاح.

ولأنه لا خلاف بيننا وبينهم أن الخبرين إذا تعارضا، ولم يمكن الجمع بينهما، فإنه لا بد من الترجيح بينهما، فيقضى بالجانب المرجح؛ وقد ترجح ما قلناه بالدخول مع ما تعلق به من الأحكام، فكان الثاني أقوى سببًا من الأول، لأن الأول ليس معه أكثر من مجرد العقد، فكان عقد الثاني الذي أفاده الوطء، واستقرت به الحرمة من كل وجه أولى.

= وبلفظ: «أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول منهما. ومن باع بيعًا من رجلين، فهو للأول منهما». أخرجه الترمذي في سننه 2 / 288، عن سمرة بن جندب، وحسنه، وبنحوه أخرجه أبو داود في سننه 2 / 230، والبغوي في شرح السنة 9 / 56. وقال: هذا حديث حسن.

(1) تقدم تخريجه.

(2) الترجيح: «بيان مزية أحد الدليلين على الآخر، ومعنى ذلك أن يستدل المستدل بدليل، فيعارضه السائل بمثل دليله، فيلزم المستدل أن يرجح دليله على ما عارضه به السائل، ليصح تعلقه به» الحدود 79، وانظر: التعريفات 56، وكشاف الاصطلاحات 3 / 16.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث سمرة[1] أن النبي ﷺ، أنه قال: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»[2] فمعناه عندنا: مالم يدخل بها الثاني، وإذا دخل الثاني، كان أحق بما ذكرناه من الاحتجاج.

وقولهم: ولأن الثاني لو لم يدخل بها، لكان الأول أحق بها فكذلك إذا دخل بها. فليس كذلك، لأن الثاني إذا لم [هـ 144] [يدخل][3] بها، فالأول أحق بها[4]... كما قالوا، [وأما إذا دخل بها، فهو أحق بها من الأول][5] لترجيح أمره بالدخول على ما تقدم من الشرح.

وقولهم: إن الوطء لا تأثير له في صحة العقد ولا في إفساده، ألا ترى أنه لو نكح امرأة في عدتها، أو حال ردتها، أو في إحرامها، أن النكاح باطل؟ غير صحيح، لأن نكاح المرتدة، والمعتدة، والمحرمة، غير جائز، والعاقد عليها عاص لله عز وجل، ولرسوله. لأنه فعل ما لا يجوز فعله، وفي المسألة التي اختلفنا [فيها][6]، فعل الثاني ما يجوز له فعله، لأنه عقد على امرأة يجوز له العقد عليها في ظنه وزعمه، ولم يقصد إلى فعل محرم، كنكاح المعتدة، ومن ذكرنا معها، فبان بهذا فرق ما بين السؤالين[7].

وقولهم: لأنه نكح امرأة ذات زوج، غير صحيح. لأنها لو كانت ذات زوج معلوم، لم يجز عقده عليها، ولقضينا بفساد نكاحه، دخل بها أو لم يدخل، وإنما نكح نكاحًا صحيحًا على زعمه، وفعل ما يجوز له. ألا ترى أنه لا حد عليه في وطئها بإجماع منا ومنهم؟

ولو تزوج امرأة ذات زوج، وهو عالم بتحريم ذلك، ودخل، لزمه الحد، فبان الفرق، واتضح ما قلناه، إن شاء الله. والله أعلم.

---

(1) تقدمت ترجمته.

(2) تقدم تخريجه.

(3) تكملة لازمة.

(4) هنا كلام مكرر حذفناه اجتهادًا، هو: «فكذلك إذا دخل بها، فليس كذلك، لأن الثاني إذا لم يدخل بها فالأول أحق بها».

(5) تكملة يقتضيها السياق أثبتناها من إنشائنا اجتهادًا.

(6) تكملة لازمة.

(7) أي المسألتين، والقضيتين والأمرين.

مسألة [7]:

[في النكاح هل ينعقد بلفظ الهبة؟]

يجوز أن ينعقد النكاح بلفظ الهبة[1]، أو الصدقة[2]، أو البيع أو التمليك[3]، إذا قصد به النكاح[4]. **وبه قال أبو حنيفة**[5].

وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج[6].

---

(1) الهبة: «تمليك العين بلا عوض» التعريفات 256، وانظر: الطلبة 221، والأنيس 255، ولغة الفقهاء 492.

(2) الصدقة: «العطية تبتغى بها المثوبة من الله تعالى» التعريفات 132، وانظر: حلية الفقهاء 96، والمغرب 264، والأنيس 134، ولغة الفقهاء 272.

(3) التمليك: «جعل الشيء لآخر يحوزه، ينفرد بالتصرف فيه» لغة الفقهاء 147.

(4) قال في الإشراف 2 / 98: «ينعقد النكاح بلفظ الهبة، والبيع، وكل لفظ تمليك يقتضي التأبيد دون التوقيت. . »، وقال في المقدمات 367: «والنكاح ينعقد بلفظ النكاح، ولفظ التزويج، ولا ينعقد بما سوى ذلك من (الألفاظ) حاشا الهبة، فإنه قد اختلف هل ينعقد النكاح بها أم لا؟ على قولين: أحدهما أنه لا ينعقد بها، وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى، والثاني أنه ينعقد بها، وهو مذهب أبي حنيفة، وقد روي عن ابن حبيب نحوه. وأما مالك رحمه الله فاضطرب في ذلك قوله للاختلاف الحاصل بين أهل العلم قبله». وقال في أسهل المدارك 2 / 69: «ولا ينعقد بغير هذه الثلاثة على المذهب، يعني أنكحتك، أو زوجتك، أو وهبتك، فلو قال: بعت، أو ملكت، أو أبحت، أو أحللت، أو أطلقت لك التصرف فيها، أو تصدقت، أو أعطيت، أو منحت، قاصدًا بواحدة من هذه الصيغ النكاح، سواء سمى الصداق أم لا. وكذا وهبت إذا لم يذكر الصداق، فالمذهب عدم الانعقاد وهذا كله على ما عند الشامل. . . وما مشى عليه الأجهوري: أنه ينعقد بواحدة من تلك الصيغ كلها، إذا اقترن بذكر الصداق. . . »، وقال ابن الجهم كقول الشافعي. ن: مسائل الخلاف 171 و: 1.

(5) قال في البدائع 2 / 229: «لا خلاف أن النكاح ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وهل ينعقد بلفظ البيع، والهبة، والصدقة، والتمليك؟ قال أصحابنا رحمهم الله: ينعقد، وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج». وانظر: المبسوط 5 / 59، وحاشية الطحطاوي 2 / 8.

(6) قال في الأم 5 / 40: «لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج، ولا يقع بكلام غيرهما، =

واحتج أصحابه بقوله ﷺ: «اتقوا الله في النساء، فإنهم عوان[1] عندكم، أخذتموهن [بأمانة الله، واستحللتم فروجهن][2] بكلمة الله»[3]. قالوا: وكلمة الله ها هنا وردت[4] في كتابه من لفظ النكاح والتزويج، محافظة على الشرف المشروع لنا في هذا البضع.

قالوا: ولأن الله عز وجل قال: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ [ٱلنَّبِيُّ][5] أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50].

= وإن كانت معه نية التزويج». وانظر: المهذب 2 / 41.

وأصل الاختلاف في هذه المسألة راجع كما في قواعد المقري 81، إلى الاختلاف في قاعدتين فقهيتين هما.

أولاً: هل لا بد للحكم الشرعي من سبب شرعي متلقى الصيغة أم لا؟ فمن قال: لا بد من ذلك كالشافعي، والمغيرة من المالكية مثلاً. قال: إباحة المرأة بالزواج حكم شرعي، فلا بد أن يكون له سبب شرعي متلقى الصيغة. ولا صيغة متلقاة من الشرع سوى الإنكاح والتزويج، ومن قال: لا يجب كون السبب متلقى الصيغة بل المعنى، كالقاضي عبد الوهاب وغيره. فقال: كل لفظ يقتضي التمليك المؤبد يفيد معناها.

ثانيًا: هل الاختصاص بالأحكام، يوجب الاختصاص بالألفاظ؟ فمن رأى أن الاختصاص بالأحكام لا يوجب الاختصاص بالألفاظ كمالك وأبي حنيفة، قال: ينعقد النكاح بكل لفظ وضع لتمليك العين ناجزًا، بخلاف المنفعة ـ كما هو الشأن عند أبي حنيفة ـ أو بكل لفظ رضي به المتناكحان، واتفقا عليه، وتعاهداه ـ كما عند مالك ـ، ومن رأى أن الاختصاص يوجب الاختصاص كالشافعي قال: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ التزويج والنكاح.

(1) العوان: جمع عانية: الأسيرات المحبوسات. ن: اللسان / عنا.

(2) تكملة لازمة، سيذكرها المؤلف في محلها من الحديث قريبًا، عند مناقشة المخالفين.

(3) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، معًا بهذا اللفظ: «فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه، فإن فعلن ذلك، فاضربوهن ضربًا غير مبرح، ولهم عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف».

(4) في الأصل: ورد.

(5) تكملة لازمة.

قالوا[1]: فجعل الله عز وجل الموهوبة للنبي عليه السلام على الخلوص[2]، فلو أجزنا عقد النكاح بلفظ الهبة، لأبطلنا ما خص الله به نبيه عليه السلام.

قالوا: ولأن عقد النكاح ليس من عقود الأموال، ولا يجوز أن ينعقد بلفظ عقود الأموال، ولهذا لا يجوز أن ينعقد بلفظ الإجارات والقروض.

قالوا: وكذلك عقود الأموال، لا تنعقد[3] بلفظ النكاح أو التزويج.

والدليل على صحة ما قلناه[4]: قوله ﷺ للذي قال له: زوجنيها يا رسول الله، إن لم يكن لك بها حاجة، فقال له عليه السلام: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»[5]، وأنه عقد نكاح، فجاز أن ينعقد بلفظ الهبة. دليله: نكاح النبي عليه السلام الموهوبة له، وقولها: وهبت لك نفسي يا رسول الله.

ولأنه تمليك بضع، فجاز أن ينعقد بالكناية[6] والتصريح. دليله: الطلاق.

ولأن لفظة النكاح أو التزويج، لو كانت معتبرة ـ كما زعموا ـ حتى ينعقد

---

(1) في الأصل: قال.

(2) الخلوص: المحضية والاختصاص وعدم الاشتراك. ن: اللسان / خلص.

(3) في الأصل: ينعقد.

(4) في الأصل هنا كلام زائد لا معنى له فيما نرى والله أعلم. هو: «ذهب إليه».

(5) بهذا اللفظ حكاه الباجي في منتقاه 3 / 276 مرفوعًا من طريق عبد العزيز بن أبي حازم، عن أبيه، عن سهل بن سعد عن رسول الله ﷺ، وبلفظ قريب منه في حديث طويل أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحِباء. والبخاري في كتاب النكاح، باب السلطان ولي، وباب التزويج على القرآن، وباب تزويج المعسر، ومسلم في كتاب النكاح باب الصداق؛ كلهم عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه. وفي بعض روايات البخاري: «اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن».

(6) في الأصل: بالكتابة، والكناية: كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهرًا في اللغة، وكنايات الطلاق: إيراد الطلاق بألفاظ تحتمل الطلاق وتحتمل غيره، ويتعين المراد منها بالنية، نحو: حبلك على غاربك. ن: التعريفات 187، ولغة الفقهاء 385.

النكاح بإحداهما، لما جاز[1] عقد النكاح بالفاشرية[2] أو بغيرها من اللغات.

وفي لفظ الهبة كناية تصلح أن تكون سببًا لملك[3] المتعة[4] بواسطة ملك الرقبة. والنكاح يملك به الزوج المتعة، فإذا جاز أن يكون عقد الهبة سببًا لملك المتعة، جاز أن يكون كناية عن لفظ عقد النكاح.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله ﷺ: «اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم[5]، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله»[6]، غير لازم، لأنه لم يذكر فيه أن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، فليس لهم حمل ظاهره على صريح لفظ النكاح، إلا ولنا حمله على الكناية، وهذا هو الجواب عن بقية ما احتجوا به من هذا الفصل.

وما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: 50]، فهو حجة لنا لا لهم، لأنه إن جاز للنبي ﷺ أن ينكح بلفظ الهبة، جاز لأمته مثل ذلك، لقوله عز وجل: ﴿وَٱتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمۡ تَهۡتَدُونَ﴾ [الأعراف: 158] إلا أن يقوم دليل[7].

وقولهم: إنها له عليه السلام على جهة الخلوص، وليست[8] الخلوصية كما زعموا، وإنما الخلوصية أن الله تعالى أباحها له بغير مهر، وأنها محرمة على كل الأزواج بعد النبي ﷺ. فهذا معنى الخلوصية لا ما[9] ذكروه بدليل قوله عز وجل: ﴿لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٞ﴾ [الأحزاب: 50] [هـ 145]،

---

(1) في الأصل: جا.

(2) هكذا في الأصل: ولم أقف لها على معنى يصح اعتماده، ولعلها مصحفة، وصوابها هو: بالفارسية.

(3) في الأصل: لذلك.

(4) في الأصل: المنفعة.

(5) في الأصل: عندهم.

(6) تقدم تخريجه.

(7) لأن الأصل عموم الخطاب.

(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: فليست.

(9) في الأصل: مالا.

والحرج[1] هو إسقاط المهر عنه بها عليه السلام، وليس هو لفظ النكاح، ولا التزويج على ما زعموا[2].

وقولهم: إن عقد النكاح ليس من عقود الأموال، فلا يجوز أن ينعقد بلفظ عقود الأموال إلى آخر ما ذكروه. فالجواب عنه: أن الحاصل بعقود الأموال، ليس هو مثل الحاصل بعقد النكاح، فلم يجز أن تكون[3] عقود الأموال كناية عن عقد النكاح، ولأن ذلك شيء لم ينقل عن العرب، ولا عرف في لسانهم[4].

وكذلك لفظ الإجارة لا يصح كناية عن لفظ النكاح، لأنه ليس بسبب لملك المنفعة بحال، وكذلك لفظ العارية[5] والقرض[6]، ولأن القرض في الجواري[7] لا يصح عندنا، فصح ما قلناه.

* * *

(1) أي: الحرج المرفوع والحرج: الضيق والشدة. لغة الفقهاء 178.

(2) قال في المبسوط 5 / 59: «وأما قوله «خالصة لك» فقد قيل: المراد به المرأة، يعني أنها خالصة لك، فلا تحل لأحد بعدك، والأصح المراد: هبة خالصة. لأن قوله: «إن وهبت» يقتضي هبة، والكناية تتصرف إلى الثابت بمقتضى الكلام، فيكون المعنى: هبة خالصة لا يلزمك مهر لها، وهذا لك دون المؤمنين. ألا ترى أنه قال: «قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم» يعني من الابتغاء بالمال. والدليل عليه أنه قابل الموهوبة نفسها، بالمؤتى مهرها. بقوله: «إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي أتيت أجورهن... الآية»، وهو نص على أن الخصوصية لدفع الحرج عنه، وذلك ليس في اللفظ: إذ لا حرج عليه في ذكر لفظ النكاح، إنما الحرج في إبقاء المهر».

(3) في الأصل: يكن.

(4) يلاحظ اضطراب وعدم وضوح في هذا الجواب.

(5) العارية: «الشيء المعار»، وهي أيضًا: «تمليك المنافع بغير عوض». لغة الفقهاء 300.

(6) القرض: «ما تعطيه من المثليات ليرد لك مثله في المستقبل». لغة الفقهاء 361.

(7) الجواري جمع جارية، وهي: «الأمة صغيرة كانت أم كبيرة». لغة الفقهاء 158.

مسألة [8]:

[في: كم يجوز للعبد أن يجمع من النساء في عصمة واحدة؟]

يجوز للعبد أن يتزوج أربعًا[1]. **وبه قال أهل**[2] **الظاهر**[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز له أن يتزوج أكثر من اثنتين[4].

واحتج أصحابهما، فقالوا: النكاح معنى يستباح به البضع، فوجب أن يكون فيه العبد على النصف من الحر. دليله: الطلاق.

قالوا: ولأن النكاح مبني على الفاصلة، بدليل أن النبي ﷺ، نكح أكثر من أربع، ولم يحل الله تعالى ذلك لأحد من أمته، ومعلوم أن ما[5] يبنى على الفاصلة، يفرق فيه بين الأحرار والعبيد، «وكذلك العرب لما كانت في الشريعة ما للعبد فيه بخلاف الحر»[6] بدليل أن الحدود لما كانت مبنية على الفاصلة، فرق فيها بين الأحرار والعبيد، وكذلك العرب[7]، لما كانت[8] مبنية[9] على الفاصلة، وهو ذو عدد ينصف[10]، فوجب[11] أن يكون العبد فيه على النصف

---

(1) انظر: المدونة 2 / 161، والإشراف 2 / 98، والمنتقى 3 / 336 - 337، والبداية 2 / 31، وهذا القول هو المشهور عن مالك. وفي رواية لمحمد عن ابن وهب عنه أنه قال: لا يتزوج العبد إلا اثنتين. ن: المنتقى 3 / 336، واختصار عيون المجالس 47 و: 1.

(2) أهل الظاهر هم: أبو سليمان داود بن علي الظاهري، ومن ذهب مذهبه كابن حزم وغيره.

(3) غير ابن حزم. ن: المحلى 9 / 444.

(4) انظر: الأم 5 / 44 - 45، والمهذب 2 / 46، والمبسوط 5 / 124، والبدائع 2 / 266.

(5) في الأصل: أخر.

(6) هو هكذا في الأصل، ولا يتجه له معنى، ولعله زائد، لاحتمال صحة المعنى بدونه، ولأن مثله ـ كما رأينا وسنرى ـ كثير الوقوع من الناسخ.

(7) هكذا في الأصل ولعل الصواب: النكاح، كما يدل عليه السياق، ولا عجب أن تتصحف الكلمات عند الناسخ إلى هذا الحد، وأكثر كما سنرى.

(8) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: كان. بدليل ما بعده.

(9) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: مبنيًا. بدليل ما بعده.

(10) في الأصل: للنصف.

(11) في الأصل: فو.

من الحر. دليله: حد الزنا، وعدة الأمة على النصف من عدة الحرة. ولأنه[1] حكم مبني على الفاصلة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ[2] وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: 3]، فعم الحر والعبد، ولم يخص.

ولأن النكاح طريقه الملاذ، وقضاء وطر الشهوة، وما هذا سبيله، فالحر والعبد فيه سواء. دليله: الأكل، والشرب، واللباس، والطيب.

ولأن الله تعالى وسع للعبد في باب النكاح، ما لم يوسع للحر، لأن الله تعالى أباح[3] نكاح الأمة على الحرة[4]، والحرة على الأمة، ولم يوسع الله للحر في النكاح هذه التوسعة إلا على شرائط معلومة[5]، فلما وسع تعالى للعبد هذه التوسعة، جاز له أن يساوي الحر في إباحة التعدد، كما هو مساو له في الأعيان المحللات والمحرمات[6].

ولأن النكاح يتعلق بشيئين: جنس وعدد، فلما ساوى العبد الحر في الجنس، وجب أن يساويه في العدد.

ولأن كل من جاز له أن يتزوج اثنتين، جاز له أن يتزوج أربعًا. أصله: الحر.

ولأن النكاح سبب يتوصل به إلى استباحة بضع، فاستوى[7] فيه الحر والعبد. دليله: ملك اليمين.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من تنقيص الطلاق، والعدد، والحدود[8]،

---

(1) في الأصل: ولا.
(2) في الأصل: مثنا.
(3) لعل هنا كلمة في الأصل، لم يثبتها الناسخ، هي: للعبد، يدل على هذا كلمة «للحر» بعده.
(4) في الأصل: الحر.
(5) هي عدم الطول، وخشية العنت.
(6) أي: فيمن يجوز له، أو يمنع عنه التزوج بهن من النساء.
(7) في الأصل: فاستوا.
(8) لأن منتهى طلاق العبد طلقتان، وعدة الأمة حيضتان، وحد العبيد على النصف من حد الأحرار في الزنا مثلاً.

غير لازم كله، لأن الطلاق شيء عليه لا له، لأنه يحظر[1] عليه ما كان مباحًا، والحد حق عليه، لأنه يؤلمه ويزجره عن ارتكاب المحظور، والعدة في الأمة، حق عليها لا لها، لأنها، لا تحل[2] إلا بعد العدة.

إذا كان هذا هكذا، جاز تنقيص حاله ـ فيما هذا طريقه ـ من حال الحر، وما اختلفنا فيه، إنما طريقه اللذة، وقضاء وطر الشهوة.

وقولهم: ولأن النكاح مبني على الفاصلة[3]، بدليل أن النبي ﷺ نكح أكثر من أربع. باطل، لأنه ﷺ مساو، لأمته في الحرمة[4]، ومع ذلك لا يجوز لأحد منهم أن يتزوج أكثر من أربع.

ولأن النبي ﷺ مساو لهم في الطلاق، ويجب ـ على قولهم ـ ألا يكون مساويًا[5] لهم فيه لموضع فضيلته عليهم، ويلزمهم على هذا طرد[6] الفاصلة بين العالم والجاهل، وأن العالم يحل له من النكاح ما لا يحل للجاهل، ويحل للعدل[7] ما لا يحل للفاسق. ولا خفاء ببطلان هذا.

وإنما أجاز تعالى لنبيه ﷺ نكاح أكثر من أربع لعلمه جل وعز بعدله وأمانته[8]، وأنه عليه السلام مأمون عليهن من الجور[9] في حقوقهن [هـ146]،

---

(1) في الأصل: يحضر.

(2) أي للأزواج للتزوج بهم.

(3) الفاصلة: الفصل والتفريق والتمييز.

(4) الحرمة بضم الحاء وتسكين الراء: اسم من الاحترام والمهابة، وهي أيضًا: ما لا يحل انتهاكه. ن: لغة الفقهاء 179، ووجه كون الأمة الإسلامية مساوية لنبيها عليه السلام في الحرمة، هو أن دماءها وأموالها وأعراضها معصومة مثل دمه وماله وعرضه ﷺ.

(5) في الأصل: مساو.

(6) الطرد: وجود الحكم لوجود العلة. ن: الحدود 74، وطرد الفاصلة: إجراء حكمها من غير تخلف.

(7) العدل: «من اجتنب الكبائر، ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه». التعريفات 147، وانظر: لغة الفقهاء 307.

(8) الأمانة خلاف الخيانة، وهي ما وجب حفظه بعقد أو غير عقد. ن: المغرب 29، والأنيس 249، ولغة الفقهاء 88.

(9) الجور: التعدي والظلم. ن: المغرب 95، ولغة الفقهاء 169.

وليس أحد من أمته يساويه في ذلك، [لذلك][1] أباح الله له نكاح أكثر من أربع، لا لما ظنوه، وتوهموه، والله أعلم.

* * *

---

(1) تكملة لازمة.

مسألة[1] [9]:

[في السيد: هل يجوز له إجبار عبده على النكاح أم لا؟]

يجوز للسيد أن يجبر عبده على النكاح[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: ليس له إجباره عليه[4].

واحتج أصحابه، فقالوا: عقد النكاح عقد خالص للعبد، وهو من أهل مباشرته، فلا يملك غيره مباشرته عليه. دليله: إذا كان حرًا.

قالو: ولأن النكاح إنما يعقد لمعنى خالص له، فيكون العقد له خالصًا، يدل عليه أن نكاح العبد، تصرف للعبد له وعليه، لأن نفعه له، وضرره عليه، وهذا مثل تصرفه إلى نفسه سواء، وكل تصرف يكون على هذا الوجه، فلا يملكه الغير على الغير إلا بولاية نظر، كولاية القريب على قريبه، إذا ملك عليه الحجر والنظر. وهذه الولاية لا تثبت إلا بشرط...[5] المولى عليه عنها.

قالوا: والعبد من أهل النظر لنفسه في النكاح، فلا يملكه عليه أحد.

---

(1) ليست بالأصل.

(2) انظر الإشراف 2 / 93، والمنتقى 3 / 337 ـ 338، والبداية 2 / 4، ومحل إجبار السيد العبد على النكاح إنما يكون في حالة ما إذا انفرد السيد بملك جميعه، ولم يرد بإنكاحه ذلك الإضرار به، وأما إن كان له فيه شريك، أو كان بعضه حرًا، أو أراد بإنكاحه الإضرار به، فإنه لا يملك إجباره على النكاح كالحر. ن: م المنتقى 3 / 338، وانظر: اختصار عيون المجالس 46 و: 1.

(3) انظر: المبسوط 5 / 113، وقال في الإفصاح 2 / 117: «واختلفوا، هل يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح، فقال أبو حنيفة في المشهور عنه، ومالك والشافعي في القديم: يملك ذلك. وقال الشافعي في الجديد وأحمد: لا يملك ذلك».

(4) قال في الأم 5 / 45: «وليس للسيد أن يكره عبده على النكاح، فإن فعل فالنكاح مفسوخ»، وذكر في المنتقى 3 / 337، والمغني 7 / 400، والإفصاح 2 / 117، أن القول بعدم الإجبار هو أحد قولي الشافعي وهو الجديد، وقال في قوله القديم كمالك وأبي حنيفة.

(5) لعل هنا كلمة فات الناسخ أن يثبتها هي: «تخلي» أو ما في معناها، إذ بدونها لا يستقيم المعنى.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن العبد شخص يملك السيد بيعه، فوجب أن يملك إجباره على النكاح. دليله: الأمة، وذلك أن السبب الموجب لإجبار الأمة على النكاح هو ملك الرقبة، وملك إجبار النكاح عليها في حكم ملك العين، ويدل على صحة هذا: قوله ﷺ: «النكاح رق»[1]، وإنما يوصف بالرق[2] الرقبة[3] دون منافعها[4]، فثبت بهذا أن ملك النكاح[5] في حكم ملك العين باختيار القول فيه.

وتحصيله: أن علة ملك عقد النكاح، هو ملك الرقبة، وذلك أن ملك النكاح في حكم ملك العين بدليل ما قدمناه، من أن السيد يملكه على الأمة بغير خلاف، فوجب أن يملكه على العبد، مثلما يملكه على الأمة، بعلية الملكية ولا فرق.

فإذا ثبت هذا فكل ما احتجوا به منتقض بفصل الأمة[6]، ولا جريان لاستدلالهم معه جملة.

وقولهم: إن كل تصرف يكون على هذا الوجه، لا يملكه الغير على

---

(1) ذكره المؤلف قبل هذا في كتاب العتق بلفظ أطول هو: «النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته». وبهذا اللفظ ذكره السرخسي في المبسوط 5 / 23، والغزالي في كتاب النكاح من الإحياء، كما ذكر ابن السبكي في طبقاته 6 / 310، ولم أقف عليه مخرجًا في الكتب الستة والموطأ، وقال في تخريج أحاديث الإحياء مج 2 / 133: «رواه أبو عمر التوقاني عن عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر. قال البيهقي: وروي ذلك مرفوعًا والموقوف أصح».

(2) الرق: العبودية، وإزالة الحرية. ن: لغة الفقهاء 224.

(3) في الأصل: للرقبة، والرقبة: العنق، وتطلق مجازًا على الرقيق ذكرًا كان أو أنثى. ومنه قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، والمراد هنا: الذات والعين. ن: الحلية 163، ولغة الفقهاء 225.

(4) في الأصل: منافها.

(5) في الأصل: الناس، وهو خطأ.

(6) الأمة: «من ضرب عليها الرق، أو وجدت من أم رقيقة، ولم يطرأ عليها التحرير». لغة الفقهاء 88.

الغير، فهو باطل أيضًا بفصل الأمة، لأن ملك الرقبة إذا وجد، صار علة لملك العقد، فألحق هذا العقد بسائر العقود التي يملك وفايها[1]، وهذا بين لا إشكال فيه إن شاء الله.

* * *

(1) هكذا في الأصل، ولا وجه لها، ولعل الصواب والله أعلم: وفاء بها.

مسألة [10]:

[في حكم نكاح الشغار]

نكاح الشغار(1) باطل(2) وبه قال **الشافعي**(3).
وقال أبو حنيفة: هو جائز(4).

---

(1) الشغار بفتح الشين، أصله من رفع الكلب ساقه إذا بال، يقال: شغر الكلب بساقه، وأشغرها، إذا رفع ساقه للبول، والشغار بالكسر: نكاح كان في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل للآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعا المهر، وأخليا البضع. ن: حلية الفقهاء 166، وغريب المدونة 84، والطلبة 102، والأنيس 147، ولغة الفقهاء 263.

(2) إذا كان صريحًا، أي خاليًا من الصداق من الجانبين، وأما إذا كان وجهًا، وهو المسمى فيه الصداق من الجانبين، أو مركبًا وهو المسمى فيه لواحدة فقط، فالحكم يختلف فحكم صريح الشغار: الفسخ مطلقًا، ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول، ولها بعده صداق المثل، وحكم الوجه: أنه يفسخ قبل الدخول، ولا شيء للمرأة، ويثبت بعده بأكثر من المسمى، وصداق المثل، وحكم المركب من الصريح والوجه: فسخ النكاح قبل الدخول، وأما بعده، فيفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق مثلها، ويثبت نكاح المسمى لها بالأكثر من المسمى وصداق المثل. ن: المنتقى 3 / 309 - 310، وأسهل المدارك 2 / 87، واختصار عيون المجالس 49 و: 2.

(3) قال في الأم 5 / 83: «فإن أنكح الرجل ابنته، أو المرأة يلي أمرها من كانت، على أن ينكحه ابنته أو المرأة يلي أمرها من كانت، على أن صداق كل منهما بضع الأخرى، ولم يسم لواحدة منهما صداق، فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ، فلا يحل النكاح، وهو مفسوخ، وإن أصاب كل واحد منهما، فلكل واحدة منهما مهر مثلها، وعليها العدة، وهو كالنكاح الفاسد في جميع أحكامه لا يختلفان، وإذا زوج الرجل ابنته الرجل، أو المرأة يلي أمرها، على أن يزوجه الرجل ابنته أو المرأة يلي أمرها، على أن صداق إحداهما كذا لشيء يسميه، وصداق الأخرى كذا لشيء يسميه أقل أو أكثر، أو على أن يسمي لإحداهما صداقًا، ولم يسم للأخرى صداقًا، أو قال: لا صداق لها، فليس هذا بالشغار المنهي عنه، والنكاح ثابت، والمهر فاسد، ولكل واحدة منهما مهر مثلها إذا دخل بها، أو ماتت، أو مات عنها، ونصف مهر مثلها إن طلقت قبل أن يدخل بها.

(4) ولكل واحدة من المرأتين مهر مثلها، لأن النهي عن الشغار عنده إنما أريد به: ألا تخلو=

واحتج أصحابه فقالوا: قول الرجل للرجل: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، عقد صحيح، وقوله على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى[1]، فاسد، قالوا: وفساد الصداق لا يعود بفساد العقد.

وتحصيل مذهبه: هو أن الفساد إنما وقع في التسمية لا في العقد، فأشبه ما إذا تزوجها بخمر، حيث يصح النكاح، ويجب لها صداق المثل، كذلك ها هنا.

قالوا: ولأنهما[2] لو عقداه بغير مهر جملة، صح بإجماع، ولم يبطل، فكيف يبطل بشرط فاسد؟

قالوا: ولا يلزم عليه العبد إذا تزوج امرأة على أن يكون العبد مهرًا لها، حيث لا يجوز ذلك، لأن الفساد ليس بعين الشرط، بل لحمه[3]، لأن المرأة قد ملكت زوجها، وذلك مفسد للنكاح لتقابل الحقوق فيه[4]، فصح أن الفساد في العقد لا في التسمية في هذه الصورة، بخلاف مسألتنا.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه نافع[5] عن ابن عمر[6]، أن النبي عليه السلام: «نهى عن نكاح الشغار: أن يزوج الرجل ابنته لرجل، ويزوجه الآخر ابنته ولا مهر بينهما»[7]، فإذا كان هذا التفسير من كلام النبي ﷺ، فهو

= المرأة بالنكاح عن المهر. ن: المبسوط 5 / 105، والبدائع 2 / 278، وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 43 ـ هو: «النهي المتعلق بذلك ـ أي بنكاح الشغار ـ معلل بعدم العوض أو غير معلل؟ فإن قلنا غير معلل، لزم الفسخ على الإطلاق، وإن قلنا العلة عدم العوض، صح بفرض صداق المثل.

(1) في الأصل: للآخر.

(2) في الأصل: ولأنها.

(3) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولعل الصواب: بعقده. كما يدل عليه ما بعده.

(4) حقوقه عليها باعتبار الزوجية، وحقوقها عليه باعتبار ملك الرقبة.

(5) هو أبو عبد الله نافع بن جرجس الديلمي، مولى ابن عمر رضي الله عنه، أجمع العلماء على توثيقه وأمانته. توفي سنة 116. وقيل: 117، وقيل غير ذلك.

(6) هو أبو عبد الرحمٰن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي أحد الأعلام في العلم والعمل.

(7) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: جامع ما لا يجوز من النكاح، والبخاري في كتاب النكاح باب الشغار، ومسلم في كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، =

في نهاية الحجة، وغاية البغية، وإن كان من كلام الصحابي وتفسيره، فتفسيره أولى[1] من تفسير غيره[2].

ولأنه عقد منهي[3] عنه، فوجب أن يكون فاسدًا. دليله: نكاح المتعة، ولأن العين يبطل أن تكون عوضًا ومعوضًا عنه في حالة واحدة، وإذا بطل هذا بطل جميع ما قالوه. دليله: الثمن[4] والمثمون في البياعات لأن الثمن غير المثمون، كما أن المثمون غير الثمن.

ولأن السيد إذا زوج عبده من حرة، على أن العبد مهرًا لها، كان عقدًا فاسدًا بإجماع، لأن المعقود له هو المعقود به[5]، وفساد هذا محسوس.

ولأنه ملك بضع ابنته لشخصين[6]: الزوج، وابنته، فأشبه ما لو قال لرجلين: زوجت ابنتي لكل واحد منكما [هـ 147]؛ حيث لا يجوز ذلك بإجماع.

ولأنه عقد شرط فيه المعقود له[7] لغير المعقود له، فوجب ألا يصح، دليله: ما لو قال له: بعتك عبدي، على أن يكون ملكًا لزيد.

= وأخرجه غيرهم. ولفظه في الموطأ: «عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق».

(1) في الأصل: أولا.

(2) لأنه أعلم بالمقال وأفقه بالحال، كما جاء في سبل السلام 3 / 122.

(3) في الأصل: منها.

(4) الثمن: هو العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة البيع، عينًا كان أو سلعة. ن: القاموس الفقهي 52، ولغة الفقهاء 154، وهو غير القيمة التي يقدرها الخبراء قيمة للشيء، والفقهاء يقولون في تقرير الفرق بينهما: الثمن يتبع الرغبات، والقيمة تتبع الذوات.

(5) وهذا طبعًا يؤدي إلى تقابل الحقوق وتعارضها وتضادها ـ كما سبق ـ فيصير العبد آمرًا لزوجته بحكم الزوجية والقوامة، ومأمورًا من قبلها لملكها رقبته.

(6) في الأصل: لتحصين وهو خطأ.

(7) هنا كلام لا معنى له هو: «لغير المعقود به» لعله من زيادة الناسخ، يدل على هذا أن القاضي عبد الوهاب أورد هذه الفقرة في إشرافه 2 / 105 بنصها، ولم يورد فيها هذه الزيادة، هذا إلى أن المعنى يستقيم بدونها والله أعلم.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أنه عقد صحيح، وإنما وقع الفساد في المهر[1]، فيسقط المسمى، ويجب صداق المثل، إلى آخر ما ذكروا، غير صحيح، لأن إسقاط المسمى، وإيجاب صداق المثل، لا يخرج العقد من الفساد، وهو بمنزلة من باع درهمًا بدرهمين، فقيل له: إن هذا لا يحل، فقال: أنا أسقط أحد الدرهمين، ويبقى[2] درهم في مقابلة الدرهم الآخر، أو اشترى شاتين، إحداهما غير ذكية[3]، أو تزوج امرأة وبنتها في عقد واحد، فقيل له: إن هذا لا يحل، فقال: أنا أطلق واحدة، وأمسك الأخرى، فإن ذلك لا يغنيه، ولا ينجيه، ولا بد من الفسخ لوقوع العقد فاسدًا[4]، كذلك[5] في مسألتنا. والله أعلم.

* * *

(1) المهر: هو الصداق بفتح الصاد وكسرها، أي ما يجعل للمرأة في عقد النكاح أو بعده مما يباح شرعًا من المال معجلاً أو مؤجلاً. ويسمى أيضًا بالصدقة بضم الدال، والفريضة والنحلة بكسر النون، والأجر والعليقة بفتح العين وكسر اللام، والعقر بضم العين. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 174، والأنيس 150، ولغة الفقهاء 466.

(2) في الأصل: ويبقا.

(3) غير ذكية: غير مذبوحة. ن: اللسان / ذكا، وهذه الجملة من: «أو اشترى إلى ذكية» يظهر أنها غير تامة، والله أعلم، لأن وجه الاحتجاج بها ـ في الصورة التي هي عليها ـ غير واضح.

(4) في الأصل: فاسد.

(5) في الأصل: بذلك.

مسألة [11]:

[في حكم النكاح بصداق فاسد]

يفسد النكاح بفساد الصداق[1]. وبه قال **أهل**[2] **الظاهر**.

وصورة المسألة ما إذا تزوجها بخمر، أو بخنزير، أو عبد أبق[3]، أو بعير شارد [أو جنين][4] في بطن أمه، أو ثمرة لم يبد صلاحها، أو بغير ذلك من الغرر[5].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يفسد بفساد الصداق[6].

واحتج أصحابهما [بأن][7] عقد النكاح مع المهر في حكم العقدين، فلا يعود فساد أحدهما بفساد الآخر، لجواز عقد النكاح معرى[8] عن الصداق.

ولأن الله تعالى أجاز نكاح التفويض معرى[9] عن المهر، قالوا: ويدل ذلك على صحة ما قلناه.

---

(1) قبل الدخول وبعده في إحدى الروايتين عن مالك، وفي الأخرى أنه إذا دخل ثبت لها صداق المثل. ن: البداية 2 / 21، والإشراف 2 / 106، والإفصاح 2 / 135.

(2) قال في المحلى 9 / 491: «وكل نكاح عقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى، أو غير مسمى، أو بعضه إلى أجل كذلك، أو على خمر، أو على خنزير، أو على ما لا يحل ملكه... فهو نكاح مفسوخ أبدًا، وإن ولدت له الأولاد، ولا يتوارثان، ولا يجب فيه نفقة، ولا عدة».

(3) الآبق بالمد وكسر الباء: الرقيق الذي يفر من مالكه تمردًا. ن: المغرب 17، والتعريفات 7، والأنيس 189، ولغة الفقهاء 35.

(4) تكملة لازمة.

(5) الغرر: «ما يكون مجهول العاقبة، لا يدرى أيكون أم لا»، التعريفات 161، وانظر: حلية الفقهاء 134، ولغة الفقهاء 330.

(6) انظر: المبسوط 5 / 89، وتحفة الفقهاء 2 / 203، والبدائع 2 / 278، والأم 5 / 65، والمهذب 2 / 56، والإفصاح 2 / 135.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

(8) في الأصل: معرا.

(9) في الأصل: معرا.

قالوا: ولأن سقوط الصداق في حين العقد، لا يؤثر في العقد، فوجب ألا يؤثر في إفساده.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: 24]، فعلق إباحة الابتغاء بالمال، فوجب أن يكون إذا حصل بغير مال لا يقع الإباحة، لوقوعها على غير الشرط المأذون فيه؛ وقد علم أن الخمر والخنزير ليسا من أموال المسلمين.

ولأنه عقد معاوضة، ففساد[1] العوض يقضي بفساد المعوض عنه، دليله: البيع.

ولأن من أصل مذهب الشافعي: أن نكاح الشغار باطل بفساد المهر فيه[2]، فيلزمه عليه، أن يكون [كل][3] نكاح فسد صداقه أن يفسد عقده، ولا فرق.

ولأن الجهل والغرر في[4] الإجارات وسائر المعاوضات، مفسد لها، وموجب حل عقدها، فوجب أن يكون النكاح كذلك.

ولأن فساد أحد العوضين يؤذن بفساد العوض الآخر، أصله سائر عقود المعاوضات.

ولأنه لو تزوج أخته من الرضاعة، أو ذات محرم منه بمهر صحيح، لم يجز بإجماع، لأنه عقد أخطأ المحلية والأهلية[5]، فكون الصداق حلالاً لا يحله، فكذلك إذا كان العقد صحيحًا، والمعوض عنه فاسدًا على ما زعموا.

ولأن سائر عقود المعاوضات، تصح بكون[6] الملك فيها بغير عوض،

---

(1) في الأصل: بفاسد.

(2) الذي عند الشافعي غير هذا. قال في الأم 5 / 76: «فلا يفسد العقد إلا بما وصفنا العقد يفسد به من أن يعقد منهيًا عنه، وليس المهر من إفساد العقد، ولا إصلاحه بسبيل، ألا ترى أن عقد النكاح بغير مهر مسمى صحيح. . .» وانظر أيضًا: الأم 5 / 83.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: و.

(5) لأن المحرم لا تصلح محلاً لعقد النكاح عليها من قبل محرمها.

(6) في الأصل: بكل.

كالهبة والصدقة[1]، ونحو ذلك. والعوض في عقد النكاح مستحق لله[2] عز وجل، بدليل أنها لو أباحت نفسها، أو اتفقا على إسقاطه، لم يجز.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نكاح[3] التفويض، وصحته مع عروه من المهر، لا حجة لهم فيه، لأنه عقد مضمن بالمهر، وإن لم يذكر المهر. ألا ترى أنه لا يدخل بها حتى يفرض لها، وأنه إن فرض لها أقل من صداق مثلها، لم يلزمها ذلك؟ وليس كل ما عدم ذكره في العقد، يجب أن يفسد به العقد. ألا ترى أن عدم ذكر الأجل، والخيار في حين العقد، لا يفسد به العقد؟ ولو شرطا، أو أحدهما في العقد لفسد بذلك العقد.

وقولهم: إن النكاح والصداق كعقدين. فاسد[4]؛ بل ذلك كله عقد واحد، ويتناول عوضًا، ومعوضًا عنه، فإذا فسد العوض، فسد المعوض عنه.

* * *

---

(1) في الأصل: وبالصدقة.

(2) في الأصل: لغير الله وهو خطأ.

(3) نكاح التفويض: هو النكاح الذي لا يسمى فيه المهر.

(4) في الأصل: فاسدين.

مسألة[1] [12] :

[في أقل الصداق]

أقل الصداق ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الورق[2][3].

وقال أبو حنيفة: أقله عشرة دراهم[4].

وقال الشافعي: ليس لأقله مقدار محدود[5].

---

(1) ليست بالأصل.

(2) الورق بكسر الراء: «الفضة مضروبة كانت أو غير مضروبة» القاموس الفقهي 378، وانظر: حلية الفقهاء 105، والمغرب 482، والأنيس 293، ولغة الفقهاء 501.

(3) قال في الموطأ 359: «قال مالك: لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار، ذلك أدنى ما يجب فيه القطع». وقال في الإشراف 2 / 107: «أقل الصداق محدود بربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وقال الشافعي: لا حد له»، وقال في البداية 2 / 44: «فأما مالك فقال: أقله ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم كيلاً من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة... في المشهور، وقيل: أو ما ساوى أحدهما». وانظر أول باب في الجزء الثالث من كتاب «الدب» لابن أبي زيد، واختصار عيون المجالس 50 و: 1.

(4) قال في البدائع 2 / 275 - 276: «وأما بيان أدنى المقدار الذي يصلح مهرًا، فأدناه عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم، وهذا عندنا، وعند الشافعي: المهر غير مقدر، يستوي فيه القليل والكثير، وتصلح الدانق والحبة مهرًا»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 200: «فعندنا المهر يقدر، وأدناه عشرة دراهم فضة، أو دينار ذهب خالص»، وانظر: المبسوط 5 / 80 - 81.

(5) قال في الأم 5 / 64 - 65: «فأقل ما يجوز في المهر، أقل ما يتمول الناس، وما لو استهلكه رجل لرجل كانت له قيمة، وما يتبايعه الناس بينهم... فيجوز أن ينكح الرجل المرأة على الدرهم، وعلى أقل من الدرهم، وعلى الشيء يراه بأقل من قيمة الدرهم، وأقل ما له ثمن، إذا رضيت المرأة المنكوحة، وكانت ممن يجوز أمرها في مالها». وانظر: المهذب 2 / 55، وبمثل قول الشافعي هذا، قال ابن وهب من المالكية. ن: البداية 2 / 14، وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 14 ـ يرجع إلى سببين:

أحدهما: «تردد الصداق بين أن يكون عوضًا من الأعواض، يعتبر فيه التراضي، بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة، فيكون مؤقتًا أي=

واحتج أصحاب أبي حنيفة بحديث يرويه عن جابر[1] عن النبي ﷺ، أنه قال: «لا صداق أقل من عشرة دراهم»[2]، ولا حجة لهم فيه، لأنه حديث ضعيف[3]، تفرد به بقية[4] بن الوليد، ولو صح لكان معناه عندنا: أن العشرة،

= محددًا مقدرًا.

والثاني: معارضة قياس أقل الصداق على نصاب القطع في السرقة، المقتضي التحديد، لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد، وهو حديث سهل بن سعد الساعدي: «التمس ولو خاتمًا من حديد» المتفق على صحته.

وذكر المقري في (قواعده 91) سببًا آخر لهذا الاختلاف، وهو أن مالكًا وأبا حنيفة يريان أن المهر حق لله عز وجل، ولذلك لا يقبل البضع الإباحة، فيتقدر المهر شرعًا، وأقرب المقدرات نصاب القطع ـ على اختلاف قولهما فيه ـ بينما يرى الشافعي أن المهر حق للمرأة، لأنه عقد معاوضة، فيتقدر بتقديرها، وحق الله تعالى فيه ثبوت أصله. والمقدرات لا تثبت بالقياس. قال المقري: «وهذا هو الفقه الصريح».

(1) هو أبو عبد الرحمٰن جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري السلمي، أحد الصحابة المكثرين من رواية الحديث، خرج له الجماعة، توفي سنة 78هـ بالمدينة.

ترجمته في طبقات الشيرازي 51، وطبقات الحفاظ 19، والخلاصة 59، والرياض 44، والحديث والمحدثون 135.

(2) بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في سننه 3 / 245 موقوفًا على علي رضي الله عنه، وأخرجه مرفوعًا بلفظ: «لا صداق دون عشرة دراهم»، من حديث جابر رضي الله عنه، وفي إسناده مبشر بن عبيد الذي قال عنه: مبشر بن عبيد، متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها.

(3) لأنه باللفظ الأول: «لا صداق أقل من عشرة دراهم» موقوف على علي رضي الله عنه، ومنقطع، لأن راويه عن علي هو الشعبي، ولم يصح له سماع منه، وفي إسناده داود الأودي، وهو ضعيف، كان يقول بالرجعة. ن: التعليق المغني بهامش سنن الدارقطني 3 / 245.

وباللفظ الثاني المرفوع، المروي عن جابر رضي الله عنه: «لا صداق دون عشرة دراهم». في إسناده مبشر بن عبيد، والحجاج بن أرطاة، وهما ضعيفان. قال في نصب الراية 3 / 196: «وأسند البيهقي في المعرفة عن أحمد بن حنبل أنه قال: أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب. قال ابن القطان: . . . وهو كما قال، لكن يبقى عليه الحجاج بن أرطأة، وهو ضعيف، ويدلس على الضعفاء.

(4) هو أبو يحمد بقية بن الوليد بن صائد الكلاعي الحميري الحمصي، أحد الأعلام، حسن الحديث، حدث عن المعروفين ولم يدلس.

قيمتها ربع دينار.

وأما أصحاب الشافعي، فاحتجوا بقوله ﷺ: «أدوا العلائق[1] قالوا: وما العلائق يا رسول الله؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[2]، قالوا: فعم القليل والكثير، وقوله ﷺ للرجل الذي أراد أن يزوجه المرأة التي وهبت له نفسها: «التمس ولو خاتمًا من حديد»[3]، قالوا: وذلك ينفي التحديد[4].

قالوا: ولأنه عقد معاوضة، لم يتقدر العوض فيه بالشرع، أصله: البيع والإجارة، لأن كل ما جاز أن يكون ثمنًا، جاز أن يكون مهرًا. أصله: الربع دينار.

ولأن كل عوض [148] لم يتقدر[5] [أكثره][6]، لم يتقدر أقله. أصله: سائر الأعواض.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن البضع محرم تناوله في الشرع إلا

= قال النسائي: إذا قال: حدثنا وأخبرنا فهو ثقة. خرج له مسلم والأربعة، توفي سنة 197هـ.

ترجمته في طبقات الحفاظ 126 - 127، والخلاصة 54.

(1) العلائق: «جمع علاقة وهي المهر تقع به العلقة بين الزوجين» الطلبة 95.

(2) هذا الحديث أخرجه الشافعي في الأم 5 / 64 بلاغًا، وقال في نصب الراية 3 / 200: «أخرجه الدارقطني في سننه، والطبراني في معجمه، عن محمد بن عبد الرحمٰن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر عن النبي ﷺ: قال: «أدوا العلائق»، قيل: وما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون، ولو كان قضيبًا من أراك»، وهو معلول بمحمد بن عبد الرحمٰن بن البيلماني. قال ابن القطان: قال البخاري: متروك الحديث.

(3) هذا جزء من حديث طويل أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: ما جاء في الصداق والحباء، والبخاري في كتاب النكاح باب السلطان ولي، ومسلم في كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد... كلهم عن سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

(4) لأنه يدل على ألا حد لأقله، لأنه لو كان له حد لبينه الرسول ﷺ: إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه. قال ابن رشد في البداية 2 / 15: «وهذا الاستدلال بين كما ترى».

(5) في الأصل: لم يتقدره.

(6) تكملة لازمة.

بمال لحق الله تعالى، فوجب أن يكون أقل ذلك المال مقدرًا بربع دينار، أصله: قطع اليد في السرقة.

ولأنه مال يستباح به عضو، فوجب أن يكون لأوله حد في الشرع، أصله: القطع في السرقة[1].

ولأن المهر في النكاح حق الله تعالى، بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز، فوجب أن يكون مقدرًا، دليله: المقادير الشرعية من الزكوات والكفارات[2]، وأروش[3] الجنايات، وما أشبه ذلك.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عليه السلام: «أدوا العلائق»[4] فوجب الأداء. لا يدل على إسقاط النقدين[5] في الأصل.

وقوله عليه السلام: «التمس ولو خاتم من حديد»[6]، إنما قال ذلك. لما قال له الرجل: لا أجد شيئًا. [قال][7]: التمس ولو خاتم من حديد، على جهة التقليل، لأنه شيء لا يكاد يتقدر وجوده في الغالب، وهذا كقوله عليه السلام

---

(1) وقد ضعف ابن رشد في البداية 2 / 15 هذا القياس، فقال: «وضعف هذا القياس، هو من قبيل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم، وذلك أن القطع غير الوطء، وأيضًا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة، والأذى، ونقص خلقة. وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة. ومن شأن قياس الشبه على ضعفه، أن يكون الذي تشابه به الفرع والأصل شيئًا واحدًا، لا باللفظ بل بالمعنى. وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه، وهذا كله معدوم في هذا القياس، ومع هذا، فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين.

(2) الكفارة: «تصرف أوجبه الشرع لمحو ذنب معين، كالإعتاق، والصيام، والإطعام، وغير ذلك». لغة الفقهاء 382، وانظر: حلية الفقهاء 206، والمغرب 410.

(3) الأروش: ج أرش، وهو لغة الفساد والرشوة، ودية الجراحة. وشرعًا: هو قيمة العيب. ن: القاموس الفقهي، والطلبة 335، والتعريفات 17، وغريب المدونة 112، والأنيس 295، ولغة الفقهاء 54.

(4) تقدم تخريجه.

(5) ربع الدينار من الذهب، وثلاثة دراهم من الورق.

(6) تقدم تخريجه.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

في الأمة إذا زنت: «فاجلدوها، ثم إذا زنت فاجلدوها»، ثم قال بعد الثالثة أو الرابعة: «ثم بيعوها ولو بضفير[1]»[2]، فهذا أيضًا خبر، إنما خرج مخرج التقليل والتزهيد في إمساكها.

وقولهم: ولأنه عقد معاوضة، فلم يتقدر العوض فيه بالشرع. أصله: البيع والإجارة. لا يلزم، لأن المعوض[3] عنه في البيع والإجارة يصح أن يملك بغير عوض، فجاز أن لا يتقدر العوض فيه، والبضع لا يملك منافعه إلا بعوض، فلذلك يقدر العوض فيه.

وقولهم: كل ما جاز أن يكون ثمنًا، جاز أن يكون مهرًا، أصله: الربع دينار. غير صحيح، لأن الربع دينار، قد ثبت له حرمة في الشرع، وهو تعلق قطع يد السارق به، وليس كذلك[4] ما دونه.

وقولهم: ولأن كل عوض[5] لا يتقدر أكثره بالشرع، لا يتقدر أقله[6]. أصله: سائر الأعواض، باطل بالنفقة على الزوجة: إذ هي عوض عن الاستمتاع وأقلها مقدر، وأكثرها غير مقدر.

ولأن نفي تقدير الأكثر، لا يوجب نفي تقدير الأقل، كالنصاب الذي يقطع فيه يد السارق، أقله محدد، وأكثره غير محدد.

* * *

(1) الضفير: قال مالك: «والضفير الحبل». ن: الموطأ 594.

(2) هذا جزء من حديث أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الحدود: جامع ما جاء في حد الزنا، ولفظه بتمامه: «عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني، أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت، ولم تحصن، فقال: «إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم بيعوها ولو بضفير». وبهذا اللفظ أخرجه البخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب إذا زنت الأمة: وبنحوه أخرجه الدارمي في سننه 2 / 181.

(3) في الأصل: العوض.

(4) في الأصل: بذلك.

(5) في الأصل: عضو.

(6) في الأصل: أوله.

مسألة [13]:

[في من بيده عقدة النكاح]

الذي بيده عقدة النكاح هو الأب في ابنته، والسيد في أمته[1].
وقال أبو حنيفة: هو الزوج[2]: **وهو أحد قولي الشافعي**[3].

---

(1) قال في الموطأ 358: «قال مالك في طلاق الرجل امرأته، قبل أن يدخل بها وهي بكر، فيعفو أبوها عن نصف الصداق، أن ذلك جائز لزوجها من أبيها، فيما وضع عنه. قال مالك: إن الله تبارك وتعالى قال في كتابه: ﴿إلا أن يعفون﴾ فهن النساء اللاتي قد دخل بهن، ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ فهو الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته. قال مالك: وهذا الذي سمعت في ذلك، والذي عليه الأمر عندنا». وقال في أحكام ابن العربي 1 / 222: «وكذلك روى ابن وهب وأشهب، وابن عبد الحكم، وابن القاسم عن مالك أنه الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته، لأن هذين هنا اللذان يتصرفان في المال، وينفذ لهما القول».

وبهذا القول قال ابن عباس، والحسن البصري، وعكرمة، وطاوس، والزهري، وعلقمة، والنخعي. ن: المنتقى 3 / 287.

(2) قال في المبسوط 6 / 63: «والذي بيده عقدة النكاح عندنا هو الزوج، وهو قول ابن عباس، وشريح رضي الله عنهما».

(3) وهو قوله الجديد، والأصح من قوليه. ن: المهذب 2 / 59، وأحكام ابن العربي 1 / 219، والمنتقى 3 / 287، وعليه اقتصر في الأم 5 / 80 - 81.

وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 19 ـ هو: الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾، وذلك في لفظة: «يعفو»، فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط، ومرة بمعنى يهب، وفي قوله: ﴿الذي بيده عقدة النكاح﴾ على من يعود هذا الضمير؟ هل على الولي، أو على الزوج؟.

فمن قال على الزوج، جعل يعفو بمعنى يهب، ومن قال على الولي، جعل يعفو بمعنى يسقط... ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء، لكن من جعله الزوج، فلم يوجب حكمًا زائدًا على الآية أي شرعًا زائدًا، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع، ومن جعله الولي: إما الأب، وإما غيره، فقد زاد شرعًا، ولذلك يجب عليه أن يأتي بدليل، يبين أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج»، قال ابن رشد: «وذلك شيء يعسر».

واحتج أصحابهما فقالوا: صداق المرأة مال من مالها، فعفو الأب هبة منه، وهو ممنوع من هبته.

ولأنه صداق لابنته البكر، فلم يجز له العفو عنه. دليله: ما لو كانت ثيبًا، أو كان الزوج لم يطلق؛ حيث لا يجوز عفوه في الصورتين جميعًا بغير خلاف.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ [البقرة: 237]، فأخبر تعالى عما بيد الزوج، وهو حل العصمة بالطلاق، والذي بيده عقدة النكاح هو الولي دون الزوج، لأن الولي عاقد، والزوج معقود له.

ولأنه جل وعز استفتح الآية بخطاب الأزواج بالمواجهة، فقال: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾، ثم صرف الخطاب إلى الغائب فقال: ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾، فلو كان الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، لقال: ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ ﴾، ولا يقول: الذي بيده عقدة النكاح، فعلم أنه ولي المرأة لا زوجها[1]، وهو أظهر من أن يحتج عليه.

---

(1) قال في الإشراف 2 / 109 - 110: ودليلنا قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ إلى قوله: ﴿ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ففيه أدلة.

أحدهما: أن ابتداء الخطاب بالمواجهة، وهو للأزواج، وقوله تعالى: ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ كناية للغائب، فيجب أن يكون المراد به غير من وجه بالخطاب.

والثاني: أن قوله عز وجل: ﴿ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ يفيد أن يكون الذي بيده في الحال، والزوج ليس بيده بعد الطلاق شيء.

والثالث: أن حقيقة العطف، عود على المعطوف عليه في الشيء الذي أريد بالعطف. وقد ثبت أن قوله: ﴿ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ ﴾ المراد به النصف الواجب للمطلقات يسقط عن الزوج، فلما عطف بحرف أو، كان حقيقته عفوًا عن ذلك النصف، وفي حمله على الزوج، حمل له على العفو عن نصف آخر، وذلك خلاف الظاهر.

والرابع: أن في حملها على ما قلناه. سلامتها من التكرار، وفي حملها على الزوج تكرار، لأنه قد توجه ثبوت الخطاب إليه بالعفو، بقوله: ﴿ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾.

ولأن العفو عبارة عن إسقاط حق مستقر، ومن المحال أن يكون الزوج هو الغارم لذلك الحق المستقر، وهو العافي عنه.

ولأن كل من جازت له المطالبة بالمهر من حيث الولاية الخاصة[1] من غير تولية. فله العفو عنه. دليله: السيد في أمته، فصح بهذا أن العافي هو التارك لما وجب له. فأما من وهب أو غرم ما وجب عليه، فلا يسمى عافيًا جملة.

= والخامس: أن الله تعالى ندب إلى العفو من كلا الطرفين، فندب إلى الأزواج بقوله: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾، ولم يفصل لأنهم يملكون أنفسهم، ثم لما ندب إلى النساء وكن ينقسمن إلى ثيب يملكن أنفسهن، ولا حجر عليهن، وإلى أبكار يولى عليهن، خاطب الثيب بإيقاع العفو منهن، وامتنع ذلك في الأبكار، فعدل إلى الأولياء المالكين أمورهن، وهم الآباء، ومتى جعلناه للأزواج أخرجنا الأبكار من حيز من يندب إلى العفو.

وقال ابن العربي في أحكامه 1 / 221: «والذي تحقق عندي بعد البحث والسبر، أن الأظهر هو الولي لثلاث أوجه.

أحدها: أن الله تعالى قال في أول الآية: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾، إلى قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، فذكر الأزواج وخاطبهم بهذا الخطاب، ثم قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ فذكر النسوان ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ فهذا ثالث، فلا يرد إلى الزوج المتقدم، إلا لو لم يكن لغيره وجود؛ وقد وجد، وهو الولي، فلا يجوز بعد هذا إسقاط التقدير بجعل ثلاثة اثنين من غير ضرورة.

والثاني: أن الله تعالى قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾، ولا إشكال أن الزوج بيده عقدة النكاح بنفسه، والولي بيده عقدة النكاح لوليته ـ على القول بأن الذي يباشر العقد الولي ـ. . . فقد ثبت بهذا أن الولي بيده عقدة النكاح، فهو المراد، لأن الزوجين يتراضيان فلا ينفذ لهما أمر إلا بالولي، بخلاف سائر العقود، فإن المتعاقدين يستقلان بعقدها.

والثالث: أن ما قلناه أنظم للكلام، وأقرب إلى المرام، لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾، ومعلوم أن ليس لكل امرأة أن تعفو، فإن الصغيرة أو المحجورة لا عفو لها، فبين الله تعالى القسمين وقال: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ إن كن لذلك أهلاً، ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ لأن الأمر فيه إليه.

(1) الولاية الخاصة هي الولاية على أشخاص معينين كولاية الأب على ابنته، والسيد على أمته. ن: لغة الفقهاء 510.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن صداق المرأة، مال لها، فعفو الأب عنه هبة منه له، إلى آخر ما ذكروه، فليس كذلك، لأن الصداق بخلاف غيره من مالها، بدليل أن له إجبارها على النكاح بأقل من مهر مثلها، وبدليل أنه يخالع عنها بشيء يدفعه إلى الزوج من مالها على وجه النظر[1].

وإذا جاز له ذلك، جاز له أن يعفو عما وجب لها من المهر على وجه النظر، لأنه مما يرغب الأزواج فيها، لأجل صنيع أبيها في العفو.

وأما إخراجه لمالها بالهبة، والصدقة، وغير ذلك، فلا يشبه ما ذكروه، لأنه لا حظ له في ذلك، ولا حسن نظر، والله أعلم.

* * *

---

(1) النظر: الرعاية والمصلحة، والسداد، والحفظ. اللسان / نظر.

مسألة [14]:

[في الزنا هل يوجب تحريم المصاهرة أو لا؟]

الزنا لا يوجب تحريم المصاهرة على [أحد][1] قولي مالك، وهو أصح القولين عنه[2]. وبه قال الشافعي[3].

وقال أبو حنيفة: يوجب التحريم[4]. وهو اختيار ابن[5] حبيب من

---

(1) تكملة لازمة.

(2) قال في الموطأ 362: «قال مالك: فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئًا من ذلك، لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وأمهات نسائكم﴾ فإنما حرم ما كان تزويجًا، ولم يذكر تحريم الزنا، وكل تزويج على وجه الحلال، يصيب صاحبه امرأته، فهو بمنزلة الزواج الحلال، فهذا الذي سمعت، والذي عليه أمر الناس عندنا»، وقال فيه أيضًا 363: «قال مالك في الرجل يزني بالمرأة، فيقام عليه الحد فيها، أنه ينكح ابنتها، وينكحها ابنه إن شاء، وذلك أنه أصاب حرامًا وإنما حرم الله، ما أصيب بالحلال، أو على وجه الشبهة بالنكاح. قال الله تبارك وتعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم من النساء﴾.

وهذا الذي في الموطأ هو أصح قولي مالك، وله قول غيره. قال في البداية2 / 26: «أما مالك، ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي: أنه لا يحرم، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة: أنه يحرم. وقال سحنون: أصحاب مالك، يخالفون ابن القاسم فيها، ويذهبون إلى ما في الموطأ»، وانظر: اختصار عيون المجالس 84 و: 1.

(3) قال في الأم 5 / 27: «... فأما الزنا، فلا حكم للزنا يحرم حلالاً، فلو زنا رجل بامرأة لم تحرم عليه، ولا على ابنه، ولا على أبيه، وكذلك لو زنا بأم امرأته، أو بنت امرأته، لم تحرم عليه امرأته، وكذلك لو كان تحته امرأة، فزنا بأختها، لم يجتنب امرأته، ولم يكن جامعًا بين الأختين...».

(4) انظر البدائع 2 / 262: وقال في حاشية الدر المختار 2 / 15: «اعلم أن حرمات المصاهرة أربع: حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسبًا ورضاعًا، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسبًا ورضاعة كما في الوطء الحلال... والدليل على الحرمة قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم من النساء﴾، والنكاح هو الوطء... وقوله عليه السلام: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها...»، وقال في إيثار الإنصاف 105: «الزنا يوجب حرمة المصاهرة عندنا...».

(5) هو أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي الأندلسي، أخذ عن ابن الماجشون، =

أصحابنا(1).

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا [هـ 149]: كل تحريم تعلق بوطء حلال، يتعلق بالوطء الحرام. أصله: التحريم الواقع بالوطء بشبهة النكاح الفاسد، إذ هو وطء حرام، ومع ذلك فإن الحرمة تقع به.

قالوا: ولأنه استمتاع، فوجب أن تنتشر به الحرمة، قياسًا على الوطء الحلال.

قالوا: ولأن الله عز وجل [قال](2): ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 22]، وهو لفظ عام في العقد والوطء(3).

قالوا: ولأن حرمة المصاهرة، إنما تثبت بالوطء بعلة البعضية، والبعضية علة مشعرة بالتحريم، لأن استمتاع الإنسان ببعضه(4) حرام. قالوا: ولذلك حرم الاستمتاع باليد.

قالوا: ولأن النكاح رق بنص كلام النبي عليه السلام(5)، فيحرم على

= ومطرف وإبراهيم بن المنذر، وغيرهم، وتفقه بيحيى بن يحيى، وعيسى بن دينار، وغيرهما. له: الواضحة في السنن والفقه، لم يؤلف مثلها، وغريب الحديث، وتفسير الموطأ، وغير ذلك. توفي سنة 238هـ أو 239هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 162، وترتيب المدارك 4 / 122 - 141، والديباج 2 / 8 - 15، والشجرة 74 - 75. قال في شرح الزرقاني للمختصر 3 / 206: «وذكر التتائي: إن ابن حبيب وتبعه المازري، قال: إن مالكًا رجع عنه إلى أنه يحرم بالزنا الحلال، وأفتى به إلى أن مات. . .».

(1) قال ابن رشد في البداية 2 / 26: «وسبب الخلاف الاشترك في اسم النكاح، أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ قال: يحرم الزنا، ومن راعى الدلالة الشرعية، قال: لا يحرم الزنا. .».

(2) تكملة لازمة.

(3) في الأصل: الولي، وهو خطأ، واللفظ العام المراد هو: «تنكحوا» لأن النكاح يطلق على العقد والوطء.

(4) في الأصل: لبعضه.

(5) ونص هذا الحديث ـ كما ورد في المبسوط 5 / 23 مرفوعًا من غير إسناد ـ، هو: «النكاح رق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته».

الإنسان استرقاق بعضه.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه عروة[1] عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ، سئل عن الرجل يصيب المرأة حرامًا ثم ينكح ابنتها، أو يصيب البنت، ثم ينكح الأم، فقال النبي ﷺ: «الحرام لا يحرم الحلال»[2]، وهذا نص[3].

ولأنه معنى لا يثبت به الفراش[4] على وجه، فلا يجب به تحريم المصاهرة، أصله: القبلة بغير شهوة.

ولأنه وطء يوجب الحد، فوجب أن لا يثبت به تحريم المصاهرة، أصله: اللواط. لأنه لو لاط رجل بصبي، لم يحرم على واحد منهما أن يتزوج بنت الآخر[5].

ولأن الزنا لا حرمة له في نفسه، فوجب ألا يوجب حرمة في غيره؛ إذ النسب لا يثبت به، وهو أقوى من المصاهرة، فألا يثبت به حرمة الصهر أولى وأحرى[6].

---

(1) هو أبو عبد الله عروة بن الزبير بن العوام الأسدي، أحد الفقهاء السبعة. قال ابن شهاب: عروة بحر لا ينزف، خرج له الجماعة. اختلف في وفاته. فقيل: سنة 91هـ، وقيل 101هـ وقيل غير ذلك.

ترجمته في طبقات الشيرازي 58، وطبقات الحفاظ 29، والخلاصة 264.

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى 7 / 169: عن عائشة رضي الله عنها، من لفظ طويل، هذا نصه بتمامه: «عن عائشة رضي الله عنها قالت: سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حرامًا، أينكح ابنتها؟ أم يتبع الابنة حرامًا، أينكح أمها؟ قالت: قال رسول الله ﷺ: لا يحرم الحرام الحلال»، وأخرجه ابن ماجة مختصرًا عن ابن عمر رضي الله عنه، وضعفه. ن: سنن ابن ماجة1 / 649.

(3) النص: «هو ما لا يحتمل إلا معنى واحدًا، وقيل: ما لا يحتمل التأويل» التعريفات 241، وانظر: الحدود 42، ولغة الفقهاء 480.

(4) الفراش هي: «المرأة التي ثبت للزوج حق افتراشها للاستمتاع والاستلذاذ»، و«صاحب الفراش هو الزوج». الطلبة 119، والمراد بالفراش هنا: الزوجية.

(5) هذا عند غير الحنابلة، أما عندهم فيحرم. ن: النكاح 239.

(6) في الأصل: أولا وأحرا.

ولأن الزنا عدوان محض[1]، فلا يكون سببًا لتحريم الوصلة، كما لا يكون سببًا لإثبات النسب.

فإذا ثبت هذا، فقياسهم الزنا على الوطء بالشبهة[2]، غير صحيح، لأن الوطء بالشبهة له حرمة في نفسه، بدليل أن كل حكم يتعلق بالوطء الحلال: من سقوط الحد، ولحوق النسب، ووجوب العدة، والمهر، وتحريم المصاهرة، وغير ذلك فإنه يتعلق مثله بالوطء بالشبهة.

واحتجاجهم بعموم قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 22] لا حجة لهم فيه، لأن إطلاق اسم النكاح في عرف الشرع إنما هو مجرد العقد دون الوطء[3].

ولأن مجرد العقد الصحيح عندنا، تحرم به المرأة المعقود عليها على أبي المعقود له، وأبنائه، وإن لم يقارن ذلك العقد مسيس[4].

وقد قيل: إن اسم النكاح في اللغة إذا وقع على الوطء، فإنما يعنون به الوطء الحلال، دون الوطء الحرام، والوطء الحرام إنما يسمى[5] سفاحًا[6]،

---

(1) في الأصل: محظ ومحض: خالص لا يشوبه شيء.

(2) الشبهة: ما التبس أمره حتى لا يمكن القطع فيه أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل؟ وهي أنواع شبهة العقد، وهي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، كنكاح المحرم. . .، وشبهة الفعل، وهي أن يظن الحرام حلالاً فيأتيه، كوطء المعتدة من طلاق الثلاث ظانًا أنها تحل له، وشبهة في المحل، وهي أن يظن المحل محلاً، فإذا هو ليس كذلك، كما إذا وطئ امرأة في فراشه ظانًا أنها امرأته فإذا هي أجنبية، وشبهة الملك، وهي أن يملك في الشيء جزءًا كوطء الأمة المشتركة. ن: لغة الفقهاء 257، والوطء الواقع في كل هذه الصور هو وطء شبهة.

(3) لايسلم ابن العربي بهذا، فيقول في أحكامه 1 / 370: «فإن قيل النكاح في عرف الشرع عبارة عن العقد، قلنا: لا نسلم ذلك، بل هما سواء، يتصرف المعنى فيهما حسب اللفظ، في كل موضع بحسب أدلته واحتمالاته، وانتظام المعنى والحكم معه».

(4) المسيس من المس بالتشديد، وهو كناية عن الجماع، ومنه قوله تعالى: ﴿أنى يكون لي ولد ولم يمسسني بشر﴾ لغة الفقهاء 424.

(5) في الأصل: يسما.

(6) السفاح: «الزنا مأخوذ من سفحت الماء، إذا صببته في الأرض، كأنما ماء الرجل إذا وقع في=

ولذلك قال ﷺ: «ولدت من نكاح لا من سفاح»[1].

وأما تعلقهم بفصل[2] البعضية، فيقال لهم: حققوا لنا البعضية بين الولد والوالد، قبل كل شيء حتى يستقيم تعلق الحرمة بذلك، فإن الأب شخص كامل، والابن شخص كامل، ومن المحال أن يكون شخص كامل بعضًا من شخص كامل. فثبت بهذا صحة ما قلناه. والله أعلم.

* * *

= فرج الزانية، فكأنما قد صب في الأرض لذلك فإن الولد لا يلحق به». ن: غريب المدونة 85، ولغة الفقهاء 245.

(1) حكاه في نصب الراية 3 / 213 عن عائشة رضي الله عنها من طريق الواقدي مرفوعًا، بلفظ: «خرجت من نكاح غير سفاح»، ثم قال: «قال في التنقيح: الواقدي متكلم فيه».

(2) في الأصل: بفضل.

مسألة [15]:
[في البنت المولودة من ماء الزاني هل تحرم على الزاني أم لا؟]

البنت المولودة من ماء الزاني تحرم على الزاني[1]، وبه قال أبو حنيفة[2].
وقال بعض أصحابنا من البغداديين: يكره له نكاحها[3].
وقال عبد[4] الملك بن الماجشون وابن القرطي[5]: لا يحرم عليه

---

(1) قال في أسهل المدارك 2 / 78: «. . .ولو كانت البنت من زنا فهي حرام عليه عند ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: يجوز نكاحها. . .»، وقال في أوجز المسالك 9 / 345: «قال الباجي: فإن قلنا بالإباحة ـ يعني على رواية الموطأ ـ وكانت البنت مخلوقة من مائه، مثل أن يكون زنا بها، فحملت منه، وولدت جارية، فأراد أن يتزوجها، فقد حكى القاضي أبو الحسن: أن ذلك جائز له، وبه قال الشافعي، وقال به من أصحابنا المتقدمين: ابن الماجشون، والمشهور من المذهب أن ذلك غير جائز. . .»، وانظر: المنتقى 3 / 308، وقال ابن الجهم: «لا تحرم البنت من الزنا على الزاني». ن: مسائل الخلاف 179 و: 1.

(2) قال في البدائع 2 / 257: «وتحرم عليه بناته بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وبناتكم﴾ سواء كانت بنته من النكاح أو من السفاح لعموم النص. وقال الشافعي: لا تحرم عليه البنت من السفاح، لأن نسبها لم يثبت منه، فلا تكون مضافة إليه شرعًا»، وبه قال الإمام أحمد. ن: الإفصاح 2 / 127. وإيثار الإنصاف 107.

(3) لعل مقصوده القاضي عبد الوهاب، فقد جاء في إشرافه 2 / 101: «إذا زنا بامرأة، فأتت بابنة، كره للزاني بأمها أن يتزوجها، ولا تحرم عليه. . .» لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر، فأفاد أنه لا حكم لفعله، لأنها أجنبية منه، بدليل أن سائر أحكام الولادة المختصة بها، من لحوق النسب، ووجوب النفقة، والولاية في البدن والمال والشهادة، لا تثبت في هذا الموضع كذلك تحريم النكاح».

(4) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون. كان فقيهًا فصيحًا مفتي المدينة في زمانه، روى عن مالك، وعن أبيه عبد العزيز خرج له النسائي وابن ماجة. قيل: توفي سنة 212هـ وقيل: 214هـ.
ترجمته في: الانتقاء 57، وطبقات الشيرازي 148، وترتيب المدارك 3 / 136 - 142، والديباج 2 / 6 - 8، والشجرة 56. والخلاصة 244 - 245، والأعلام 305.

(5) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان. ، يعرف بابن القرطي. رأس المالكية بمصر في=

نكاحها[1]. وبه قال الشافعي[2].

واحتج من نص الأول، فقال: إنها مخلوقة من مائه، وماؤه بعضه، فإن قيل: لا نسلم أنها ابنته، لأن الزانية يأتيها غير واحد من الزناة. فالجواب أنا نفرض السؤال فيما إذا اختص بكرًا بزنا، ثم حصنها، حتى ولدت بنتًا لما تلد له النساء. قال: فهي ولده بلا شك من حيث الظاهر، والظاهر كاف في إثبات الحرمة. قال: وإنما وضع النسب في الشرع والمعقول للشرف، ولا شرف في الانتساب للزاني. وإنما اختلافنا في الحرمة، وسبب تأكيدها وجود البعضية من غير اعتبار شرف أصلاً.

وتعلق في الاحتجاج أيضًا بجانب الوالدة، فقال: قد ثبتت[3] الحرمة بينها وبين هذا الولد بالإجماع، وقاس جانبه[4] على جانبها[5]. قال: فإن لم تكن هذه الابنة ابنته نسبًا، فهي ابنته على معنى[6] أنها مخلوقة من مائه، وهو المؤثر في إثبات الحرمة التي ادعيناها.

واحتج من نص القول الثاني بقوله عز وجل: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: 54]، وهذه منة امتن الله عز وجل بها على عباده في حفظ أنسابهم وتناسلهم، وتشرفهم باللحوق بآبائهم من النكاح لا من

= زمانه، من مؤلفاته: الزاهي في الفقه، وأحكام القرآن، ومختصر ما ليس في المختصر، وغير ذلك. توفي سنة 355هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 155، وترتيب المدارك 5 / 274، والفكر السامي 2 / 110.

(1) قال في المنتقى 3 / 308: «قال سحنون: في قول ابن الماجشون هذا خطأ صراح، وما علمت من قاله من أصحابنا معه».

(2) قال في المهذب 2 / 43: «وإن زنا بامرأة فأتت منه بابنة، فقد قال الشافعي رحمه الله: أكره أن يتزوجها، فإن تزوجها لم أفسخ...».

(3) في الأصل: ثبت.

(4) جانب الوالد الزاني.

(5) جانب الوالدة الزانية، في ثبوت الحرمة بينها وبين الولد، حيث لا يجوز لها أبدًا أن تتزوجه.

(6) في الأصل: معنا.

السفاح. قال: ونحن نعلم قطعًا أن ولد الزنا لا شرف له، ولا نسب من الأب الزاني؛ إذ ليس أبوته[1] منه بأبوه شرعية نطفة[2]. بدليل قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[3]، فأخبر الصادق عليه السلام أن العاهر لا فراش[4] له، فيلزم عليه ألا ولد له[5]، وإنما له الحجر كما قال عليه السلام.

قال: ويعضد ما قلناه، قوله عز وجل: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: 23] فحرم [هـ 150] جل وعز الابنة المضافة إلى أبيها بصحيح النسب، وصريح الوطء المباح، وبنت الزنا غير مضافة إلى الزاني، فلم تدخل[6] في آية التحريم.

وإذا لم تدخل فيها، وكانت خارجة منها، وجب دخولها في عموم آية التحليل، وهو قوله عز وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: 24].

ولأنه لا خلاف أنها لا ترثه، ولا يرثها، ولا ولاية له عليها في عقد نكاح ولا غيره. قال: والاحتجاج بفصل[7] البعضية باطل[8]، لأنا نقول لقائله: حقق لنا البعضية ما هي؟ حتى يستقيم لكم تعلق الحرمة بها؟ لأن الأب شخص

---

(1) في الأصل: أبويه مكررة.

(2) في الأصل: نقطة.

(3) أخرجه مسلم في كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، وابن ماجة في سننه في كتاب النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، أخرجه مسلم عن عائشة وأبي هريرة رضي الله عنهما، وابن ماجة عنهما، وعن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، ولفظه في مسلم بتمامه من رواية عائشة رضي الله عنها هو: «عن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد ابن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة، هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبهًا بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد. الولد للفراش وللعاهر الحجر. واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة.

(4) في الأصل: فرج، وهو خطأ.

(5) في الأصل: ولده.

(6) في الأصل: يدخل.

(7) في الأصل: بفضل.

(8) في الأصل: باطلاً.

كامل، والابن شخص كامل، ويستحيل أن يكون شخص كامل بعضًا من شخص كامل، لأن غاية ما في الباب أن الولد خلق من نطفة سقطت من صلب الأب، فهو مثل نخلة خلقت من نواة سقطت من نخلة، ثم النخلة الخارجة من النواة لا تكون بعض النخلة، كذلك الولد لا يكون بعض الوالد، وإنما عنى الناس بقولهم: إن الولد بعض الوالد. ثبوت النسب لا غير ذلك، وهو معنى قوله ﷺ: «فاطمة بضعة مني»[1].

قال: والتعلق بجانب الوالدة[2]، لا حجة لهم فيه جملة، لأن ولد كل ذات رحم مانع لأمه من الجزية[3]، والرق[4]، والنسب[5]، والحضانة[6]، والميراث والنفقات، وغير ذلك[7]، ما لم يكن عارض يمنع من ذلك، وسواء كان الولد من زنا، أو من نكاح، أو ملك يمين. قال: وهذا واضح لا إشكال فيه إن شاء الله.

---

(1) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف وابن ماجة في سننه في كتاب النكاح، باب الغيرة، بأكثر من لفظ أخرجاه معًا عن المسور بن مخرمة ولفظه في البخاري: «عن المسور بن مخرمة قال: سمعت رسول الله ﷺ، يقول: وهو على المنبر: إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن لهم، ثم لا آذن لهم، ثم لا آذن لهم، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي، وينكح ابنتهم، إنما هي بضعة مني، يريبني ما أرابها، ويؤذيني ما آذاها»، وفي إحدى روايات ابن ماجة: «وإن فاطمة بنت محمد بضعة مني».

(2) في الأصل: الوالد.

(3) الجزية: «ما تفرضه الدولة على رؤوس أهل الذمة»، لغة الفقهاء 164، وانظر: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 51، وحلية الفقهاء 201، والأنيس 182.

(4) الرق: العبودية، وإزالة الحرية، وعجز حكمي شرع في الأصل جزاء عن الكفر. ن: التعريفات 111، ولغة الفقهاء 224.

(5) النسب: «القرابة الموروثة التي لا يد للإنسان فيها». لغة الفقهاء 478.

(6) الحضانة: «تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه، ويقيه عما يضره». القاموس الفقهي 93، وانظر: التعريفات 88، والأنيس 167، ولغة الفقهاء 181.

(7) لم أتبين وجه هذا المانع، ولعل في هذه الفقرة خللاً ما في بنائها، تعتم معه المعنى، واضطرب السياق. والله أعلم.

مسألة [16]:

[في ما يشترط لجواز نكاح الحر الأمة]

لا يجوز للحر المسلم نكاح الأمة إلا بشرطين: عدم الطول[1] للحرة، وخشية العنت[2][3]. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال أبو حنيفة: نكاحها جائز بغير شرط[5].

واحتج أصحابه فقالوا: الأمة من جملة النساء المحللات، فلم يجب أن يشترط في جواز نكاحها، وجود العجز عن نكاح غيرها. دليله: الحرة.

والدليل على أنها من جملة النساء [المحللات][6] قوله عز وجل:

---

(1) الطول: بفتح فسكون: «القدرة المادية على نكاح الحرة». لغة الفقهاء 294.

(2) العنت: الزنا، والإثم والفجور. ن: غريب المدونة 85، ولغة الفقهاء.

(3) هو قول القاضي عبد الوهاب في إشرافه 2 / 102، وفي البداية 3 / 32: «أن هذا القول هو مشهور مذهب مالك، ومشهور مذهب ابن القاسم أن نكاح الحر الأمة جائز بإطلاق. وانظر: اختصار عيون المجالس 48 و: 1.

(4) قال في الأم 5 / 10: «و لايحل نكاح الأمة... إلا أن لا يجد الرجل الحر بصداق أمة طولاً لحرة، وبأن يخاف العنت ـ والعنت الزنا ـ فإن اجتمع ألا يجد طولاً لحرة، وأن يخاف الزنا، حل له نكاح الأمة، وإن انفرد فيه أحدهما لم يحل له».

(5) قال في البدائع 2 / 267: «وأما عدم طول الحرة وهو القدرة على مهر الحرة، وخشية العنت، فليس من شرط جواز نكاح الأمة عند أصحابنا.

وجواز نكاح الأمة عند أبي حنيفة مقيد بما إذا لم يكن في نكاح المتزوج حرة. ن: البدائع 2 / 267، وقال في إيثار الإنصاف 146: «طول الحرة لا يمنع جواز الأمة عندنا».

وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 32 ـ هو: معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً... الآية﴾ لعموم قوله: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين... الآية﴾ ذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولاً... الآية﴾ يقتضي أنه لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين: أحدهما: عدم الطول للحرة، والثاني: خوف العنت وقوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم... الآية﴾ يقتضي بعمومه إنكاحهن من حر أو عبد، واجدًا كان الحر أو غير واجد، خائفًا للعنت أو غير خائف.

(6) تكملة لازمة.

﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [النساء: 24]، قالوا: وهذه الآية على عمومها وشمولها.

قالوا: وكذلك قوله عز وجل: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ[1] وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ [النساء: 3]، هذا عام في الحرائر والإماء أيضًا، لأن جميعهم نساء.

قالوا: ولأن النكاح إنما أبيح لقضاء وطر الشهوة، وطلب النسل، والحرائر والإماء في ذلك سوى، وهذا لأن الإناث[2] أزواج الرجال خلقة، والأمة من حيث إنها أنثى بمنزلة الحرة، كالعبد من حيث إنه رجل بمنزلة الحر.

قالوا: وأما قوله عز وجل: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ[3] ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: 25]، فليس فيه شيء أكثر من الأمر بنكاح الأمة عند عدم الطول لنكاح الحرة. فنقول: إن نكاح الأمة يستحب عند عدم [طول][4] الحرة، كما يستحب نكاح الكتابية[5] عند عدم القدرة على نكاح المسلمة.

قالوا: وقوله عز وجل: ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: 25] أمر بنكاح الأمة وغاية ما في هذا الأمر أن يكون المراد [به][6] الاستحباب، ولا يكون المراد به تعليق الإباحة[7] بشرط العجز، لأن الإباحة[8] بحسب الدليل؛ وقد قام الدليل على إباحة الأمة، قبل العجز عن مهر الحرة.

---

(1) في الأصل: مثنا.
(2) في الأصل: الاذات.
(3) الفتيات: الإماء وإن كن كبيرات. لغة الفقهاء 338.
(4) تكملة لازمة.
(5) الكتابية: اليهودية والنصرانية. ن: لغة الفقهاء 377.
(6) تكملة يقتضيها السياق، ويدل عليها ما بعدها.
(7) الإباحة هي: «الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل» التعريفات 8، وانظر: حلية الفقهاء 27، ولغة الفقهاء 37.
(8) في الأصل: الإناحة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: 25] فأباح نكاح الأمة عند الضرورة[1]، إذا عدم الطول للحرة، وخاف العنت، كما أباح جل وعز الانتقال في كفارة الظهار[2] من الصيام إلى الإطعام، عند الضرورة المانعة من الإعتاق أو الصيام، فقال عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: 3]، ثم قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: 4]، ثم قال: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: 4]، وهذا نص في إباحة فعل الثاني. كذلك في مسألتنا.

ولو جاز نكاح الأمة مع القدرة على الطول للحرة، لزال التعليل، ولبطلت فائدة التقييد[3]، الذي قيد الله عز وجل به جواز نكاح الأمة، وهو عدم الطول، وخشي العنت.

وأما من جهة المعنى فنقول: نكاح الأمة عقد أبيح للضرورة، فلا يجوز [إلا معها][4]، وهذا معنى مستغن عن ضرب مثال، لأنه مستقل بنفسه، شاهد لصحته جميع أصول الشرع.

ولأن النكاح عقد ازدواج وسكن، لا يتم بين الحر والأمة، لأن الأمة مشغولة بحق الغير، مرتهنة[5] منافعنا له، وهو السيد. وعقد الازدواج والسكن لا يتم بين فارغ ومشغول، وهذا أظهر من أن يتكلـم عليه؛ وقد ندبنا[6] جل وعز إلى الصبر على نكاحهن، مع عدم الطول، وخشية العنت، فقال عز

---

(1) الضرورة: «مشتقة من الضرر، وهو النازل مما لا مدفع له». التعريفات 138، وانظر: لغة الفقهاء 283.

(2) «الظهار، والمظاهرة مصدران لقولك: ظاهر الرجل من امرأته، أي قال لها: أنت علي كظهر أمي» الطلبة 59، وانظر: حلية الفقهاء 177، والتعريفات 144، والأنيس 162، ولغة الفقهاء 267 - 296.

(3) التقييد: هو إدخال الشروط والصفات على المطلق. ن: لغة الفقهاء 142.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) مرتهنة: محبوسة. ن: التعريفات 113، ولغة الفقهاء 227.

(6) ندبنا: دعانا، وكلفنا، وحثنا. ن: لغة الفقهاء 477.

وجل: ﴿ وَأَن[1] تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [النساء: 25].

وقال مسروق[2]: إن الحر إذا [تزوج][3] الأمة لعدم الطول للحرة، ثم وجد الطول للحرة فتزوجها، فإن الأمة تحرم عليه، بمنزلة المضطر تحل له الميتة، فإذا[4] استغنى[5] عنها حرمت عليه.

ولأن نكاح الأمة، داع إلى استرقاق[6] الولد لا محالة، ولأن[7] ولده جزء منه، فيجب على الحر المسلم إكرام حريته، ومن إكرام حريته ألا يعارضها الرق، وفي[8] تعريض حريته للرق ـ وهو ولده ـ سلب نفس الولد حكمًا، ولهذا المعنى كان الاسترقاق عقوبة للكافرة [هـ 151]، ولما كان ممنوعًا من إهلاك نفسه، وجب أن يكون ممنوعًا من إهلاك ولده.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الأمة من جملة النساء المحللات، فلا سبيل إلى صحة ما قالوه، لأنها إنما تكون من جملة النساء المحللات عند عدم الطول، وخشية العنت.

وما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ [النساء: 24]، وأنه عام في الحرائر والإماء[9]. غلط، لأن الله تعالى استأنف في الآية

---

(1) في الأصل: فإن.

(2) هو أبو عائشة مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني. قال الشعبي: ما علمت أحدًا كان أطلب للعلم منه روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وطائفة. وعنه زوجته قمير، وأبو وائل والشعبي، وخلق. خرج له الجماعة، توفي سنة 63.

ترجمته في طبقات الشيرازي 79، وطبقات الحفاظ 21 - 22، والخلاصة 374.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: إذا.

(5) في الأصل: استغنا.

(6) الاسترقاق ضرب الرق. أي: العبودية وإزالة الحرية على الإنسان الحر. ن: لغة الفقهاء 224، و61.

(7) في الأصل: لأن.

(8) في الأصل: في.

(9) الإماء جمع أمة: «وهي التي ضرب عليها الرق، أو ولدت من أم رقيقة، ولم يطرأ عليها=

التي بعدها بيان ما يجوز من نكاح الإماء، فقال: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ[1] ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: 25].

وكذلك احتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ [النساء: 3]، وأنه عام في الحرائر والإماء، غلط أيضًا، بدليل قوله عز وجل: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ [النساء: 4]، وإنما يوصف بهذا الوصف الحرائر، لا الإماء.

وقولهم: إن الإناث أزواج الرجال خلقة، والأمة من حيث إنها أنثى بمنزلة الحرة لا وجه له، لأن التحليل في الحرائر، تحليل شرع مطلق، وليس كذلك تحليل الأمة.

واحتجاجهم بقوله عز وجل: ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: 25]، إلى آخر ما ذكروه. باطل بقوله عز وجل: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: 25]، فلو جاز ما قالوه، لزال التعليل، وبطلت فائدة الشرط[2] والتقييد، وذلك ما [لا][3] يجوز، وعلى هذا نقول[4]: إن وطء الأمة الكتابية بنكاح ـ على هذا ـ لا يحل[5] وبه **قال الشافعي** أيضًا[6]، **وقال أبو حنيفة**: نكاحها حلال[7]، ولا وجه له، لأن الله عز وجل قال: ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ

= تحرير». لغة الفقهاء 88.

(1) المحصنات: الحرائر. ن: كلمات القرآن 60.

(2) الشرط: هو ما يعدم الحكم بعدمه، ولا يوجد بوجوده، كالطهارة بالنسبة للصلاة، فإنها تعدم بعدمها، ولا يلزم أن توجد بوجودها. ن: الحدود 60، والتعريفات 125، ولغة الفقهاء 260.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: يقول.

(5) انظر: المدونة 2 / 215، والمنتقى 3 / 328.

(6) قال في الأم 5 / 9: «ولا يجوز نكاح أمة كتابية لمسلم عبد ولا حر بحال».

(7) انظر: المبسوط 5 / 110.

﴿أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء : 25] فقيد بالإيمان، فوجب ألا يتعدى[1] به محل النص.

ولأن جواز نكاح الأمة، إنما جاز للضرورة، ولا ضرورة تدعو إلى نكاح الأمة الكتابية، لأن ضرورتها ترتفع بنكاح الأمة المسلمة، على الشرائط التي أجاز الله تعالى نكاحها عند وجودها[2]. وذلك لا يدل على جواز نكاح الأمة الكتابية، لأن الأمة المسلمة طيبة طاهرة بالإسلام، والأمة الكتابية خبيثة نجسة لكفرها بالله تعالى، فإذا ارتفعت الضرورة بنكاح الأمة المسلمة الطاهرة، لم يجز نكاح من لا يساويها في الدين والطهارة. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: يتعدا.

(2) وهي عدم الطول للحرة، وخشية العنت.

مسألة [17]:

[في مناكح المشركين، هل هي صحيحة أم فاسدة؟]

مناكح المشركين فاسدة، لكن الإسلام يصحح لهم عقودها، ويعفى[1] لهم عن صفاتها[2][3].

وقال **أبو حنيفة والشافعي**: مناكحهم صحيحة[4].

وفائدة الخلاف ترجع إلى ما إذا أسلم كافر، وتحته أكثر من أربع نسوة، أو تحته أختان؛ وقد أسلمن كلهن، فعندنا: نختار منهن أربعًا[5]، كن أوائل أو أواخر، ويترك البواقي، وكذلك في الأختين[6]. ووافقنا على ذلك **الشافعي ومحمد[7] بن الحسن**[8]. **وقال أبو حنيفة وأبو**[9] **يوسف**: إن تزوجهن في عقد واحد، بطل نكاح جميعهن، وإن كان في عقود مختلفة، فليختر الأوائل منهن

---

(1) في الأصل: ويعفا.

(2) في الأصل: صفايها.

(3) انظر: الإشراف 2 / 104، والمنتقى 3 / 340 - 346، والبداية 2 / 36 - 37، واختصار عيون المجالس 49 و: 1.

(4) قال في البدائع 2 / 272: «وأما أنكحة الكفار غير المرتدين بعضهم لبعض، فجائز في الجملة عند عامة العلماء، وقال مالك: أنكحتهم فاسدة. . .». وانظر: الإفصاح 2 / 130.

(5) في الأصل: أربعة.

(6) قال في البداية 2 / 37: «إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة، أو أسلم وعنده أختان، فإن مالكًا قال: يختار منهن أربعًا، ومن الأختين واحدة، أيتهما شاء». وانظر: الإشراف 2 / 103.

(7) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صاحب أبي حنيفة، روى عن مالك والثوري، وغيرهما. له كتب عديدة، منها: الجامع الصغير، والسير الكبير والصغير، والآثار، والموطأ. مات سنة 189هـ.

ترجمته في الانتقاء 174، وطبقات الشيرازي 135، وتاج التراجم 54، والفوائد البهية 163، والهدية 82.

(8) وهو قول أحمد أيضًا. ن: الإفصاح 2 / 129، والمغني 7 / 540.

(9) تقدمت ترجمته.

ويترك البواقي[1].

واحتج أصحاب أبي حنيفة، فقالوا: جمع ممنوع منه، متفق على تحريمه، فلا يفترق تحريم وقوعه في حال الكفر، وحال الإسلام. أصله: المرأة إذا أسلمت عن زوجين: حيث لا يكون لها خيار في البقاء معهما[2]، أو مع أحدهما.

قالوا: ولأنه نكاح لو عقد في الإسلام لم يجز البقاء عليه، فإذا عقد في الكفر لم يجز البقاء عليه أيضًا. أصله نكاح ذوات المحارم.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه معمر[3] عن الزهري[4] عن سالم[5] عن أبيه عبد الله[6] بن عمر أن غيلان[7] الثقفي أسلم، وتحته عشر نسوة؛ وقد

---

(1) قال في الإفصاح 2 / 129: «اختلفوا فيمن أسلم وتحته أكثر من أربع، فقال مالك والشافعي وأحمد: يختار منهن أربعًا، وكذلك يختار من الأختين واحدة، وقال أبو حنيفة: إن كان العقد وقع عليهم في حالة واحدة فهو باطل، وإن كان في عقود صح النكاح في الأربع الأوائل، وكذلك في الأختين.

(2) في الأصل: معها.

(3) هو معمر بن راشد الأزدي البصري الحراني أبو عروة، روى عن الأعمش، وقتادة، والزهري، وخلق. خرج له الجماعة. توفي سنة 153هـ.
ترجمته في طبقات الحفاظ 88 - 89، والخلاصة 384.

(4) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري، أحد الأئمة الأعلام، وعالم الحجاز والشام. خرج له الجماعة. توفي سنة 124هـ.
ترجمته في طبقات الشيرازي 63، وطبقات الحفاظ 49، والخلاصة 359.

(5) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، أحد الفقهاء السبعة، اختلف في وفاته فقيل سنة 106هـ وقيل غير ذلك.
ترجمته في طبقات الشيرازي 62، وطبقات الحفاظ 40، والحلية 2 / 193.

(6) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب الصحابي الشهير.
ترجمته في طبقات الشيرازي 49، والخلاصة 207.

(7) هو غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم بعد فتح الطائف، ولم يهاجر، هو من أعيان ثقيف، مات في خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
ترجمته في سبل السلام3 / 132.

أسلمن معه، فأمره عليه السلام أن يختار منهن أربعًا[1]، ففيه دليلان.

أحدهما أنه عليه السلام جعل الخيار إليه فيمن يمسك منهن، وعند أبي حنيفة: لا خيار له، وأن نكاح الأوائل جائز، ونكاح الأواخر باطل.

والثاني: أنه جعل إليه أن يختار أربعًا، ولم يستفهمه هل عقد عليهن في عقد واحد، أو عقود مختلفة؟ وعند أبي حنيفة: إن عقد عليهم في عقد واحد، فنكاح الجميع باطل ولا خيار له، وكل ذلك خلاف ما ثبت نقله عن رسول الله ﷺ. فلو قلنا: لا يجوز له اختيار الأواخر لفساد[2] العقد عليهن، لمنعنا الجميع.

ولأن المعاوضة على ضربين: نكاح وبيع؛ وقد أجمعنا أن كافرين لو تبايعا درهمًا بدرهمين، أو دينارًا[3] بدينارين، وتقابضا ثم أسلما، لجاز لهما البقاء على ذلك، فيجب أن يكون في نكاح الزائدة على الأربع، أو الجمع بينهن في عقد واحد كذلك.

ولأن النكاح يفتقر إلى ولي، وصداق، وشاهدي عدل، ورضى الزوجة إن كانت ثيبًا، وألا تكون في عدة، وكل ذلك لا يتوقونه في مناكحهم، فدل ذلك على أنها فاسدة، لكن الإسلام يصحح لهم تلك العقود الفاسدة، ويعفا[4] لهم عما سواها[5].

فإذا ثبت هذا، فاعتراضهم بمسئلة المرأة إذا أسلمت عن زوجين غير لازم. لأن ذلك غير جائز في شيء من الشرائع، ويحتمل أن يقال: إنما ثبت الخيار للزوج، إذا أسلم وعنده [هـ 152] أكثر من أربع، ولا خيار للمرأة إذا

---

(1) حديث غيلان الثقفي هذا رواه أحمد، والشافعي، والترمذي، وابن ماجة، وصححه ابن حبان، والحاكم، وأعله البخاري، وأبو زرعة، وأبو حاتم. قال الترمذي: قال البخاري: هذا الحديث غير محفوظ. ن: سبل السلام 3 / 132، وطريق الرشد 2 / 23 - 24.

(2) في الأصل: لفسد.

(3) في الأصل: دينار.

(4) هكذا في الأصل ولعل الصواب: ويعفو.

(5) غير واضحة في الأصل.

أسلمت عن زوجين، لأن[1] الزوج له الخيار بين الثبوت على النكاح، وبين حله بالطلاق. وإذا كان ذلك كذلك جاز له الاختيار، وليست المرأة كذلك، لأنها لا تملك حل العصمة[2] بالطلاق. فافترقا لذلك.

ولأن أصل التحريم إنما يرجع إلى عين المرأة، فمنع ذلك اختيارها، وفي مسألة من أسلم عن أكثر من أربع نسوة، إنما يرجع التحريم إلى صفة العقد، فلم يمنع ذلك من الاختيار.

وقولهم: ولأنه عقد لو عقده في الإسلام، لم يجز له المقام عليه، أصله: نكاح ذوات المحارم[3]، باطل بالنكاح إذا عقد بغير ولي، ولا صداق، ولا شهود. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: أن.

(2) العصمة: رباط الزوجية. ن: التعريفات 150، والأنيس 179، ولغة الفقهاء 179، والطلبة 96.

(3) كالأمهات والبنات.

مسألة [18]:

[في ما يحكم به عند ارتداد أحد الزوجين أو كلاهما]

إذا ارتد أحد الزوجين نجزت الفرقة[1] بينهما في الحال[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3] والشافعي[4]، وإن ارتدا جميعًا، فسواء دخل بها أو لم يدخل، فإن الفرقة تنجز بينهما[5]. **وبه قال الشافعي أيضًا**[6].

وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينهما[7].

وإن كانت الردة بعد الدخول أنجزت الفرقة في الحال[8] **وبه قال أبو حنيفة**[9].

وروي عن مالك أيضًا: أنه لا تنجز الفرقة بينهما حتى تنقضي العدة[10]،

---

(1) الفرقة بضم فسكون هي الافتراق، والفصل بين الزوجين، وقد تكون هذه الفرقة طلاقًا، وقد تكون فسخًا. ن: لغة الفقهاء 344، ونجزت الفرقة عجلت من بعتك الشيء ناجزًا أي: معجلاً.

(2) انظر: الإفصاح 2 / 129، والمغني 7 / 564.

(3) قال في المبسوط 5 / 49: «وإذا ارتد المسلم، بانت منه امرأته مسلمة كانت أم كتابية، دخل بها أو لم يدخل.

(4) إن كان الارتداد قبل الدخول، أما بعده، فلا تنجز الفرقة إلا بعد خروجها من العدة. ن: الإفصاح 2 / 129، والإشراف 2 / 104، والمبسوط 5 / 49.

(5) قال في الإشراف 2 / 105: «إذا ارتدا معًا يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده».

(6) وهو قول أحمد أيضًا. ن: الإفصاح 2 / 130.

(7) قال في المبسوط 5 / 49، وإذا ارتد الزوجان معًا فهما على نكاحهما استحسانًا عندنا، وفي القياس تقع الفرقة بينهما، وهو قول زفر رحمه الله تعالى، لأن في ردتهما درة أحدهما وزيادة.

(8) قال في الإشراف 2 / 104: «إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول، انفسخ النكاح في الحال.

(9) انظر: المبسوط 5 / 49.

(10) قال في الإشراف 2 / 104: «وذكر الشيخ أبو بكر عن مالك رواية: أنه لا يفسخ إلا بخروجها من العدة. . .». وهو قول ابن الجهم. ن: مسائل الخلاف 177 و: 1.

وبه قال الشافعي[1].

فوجه القول بتنجيز الفرقة ـ وهي الرواية الظاهرة عنه ـ قوله عز وجل: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: 10]، ولأن الارتداد مبني على التغليظ والتشديد، لأنه[2] من[3] لا يقر عليه على حال، ولا يؤخذ منه الجزية، ولا تؤكل[4] ذبيحته، ولا يرثه ورثته من المسلمين، ولا يثبت له دمه[5]. ومن هذه صفته، فلا يثبت له عصم مناكح الإسلام.

ولأن الردة تنافي بقاء عقده على مسلمة، فوجب أن ينفسخ بقاء النكاح في الحال. أصله: ما لو ارتد قبل الدخول.

وليس هو كالكتابي إذا أسلمت زوجته، فإنه إذا أسلم في العدة كان أحق بها، لأن بقاءه على دينه بقاء يقر عليه، وإذا أسلم قبل العدة كان إسلامه ارتجاعًا لها، وليس كذلك المرتد.

وإن كان الزوج الذمي[6] هو الذي أسلم، وتحته ذمية، ثبت على نكاحها، وليس المرتد كذلك[7]، لأنه لا يقر على نكاحها [مع][8] ردته.

ووجه القول الثاني، هو [أن][9] الزوج إذا حصل منه الانتقال من دين إلى دين، وكان بعد الدخول، جاز أن يقف زوجته على الخروج من العدة. أصله: زوجة الكتابي إذا أسلمت.

ولأنه اختلاف دين بعد الإصابة[10]، فوجب ألا تقع البيتوتة[11]، قبل

---

(1) انظر الإشراف 2 / 104 - 105، والمبسوط 5 / 49، والإفصاح 2 / 129.

(2) هكذا في الأصل، ولعل صوابه: ولأنه.

(3) هكذا في الأصل، ولعله محرف وصوابه؛ ممن. ويحتمل أنه زائد. والله أعلم.

(4) في الأصل: يؤكل.

(5) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب ذمة. والذمة: العهد.

(6) الذمي: من أمضي له عقد الذمة من قبل الأمة الإسلامية. ن: لغة الفقهاء 214.

(7) هنا كلام مضروب عليه هو: وإن كان الزوج الذمي هو الذي أسلم.

(8) تكملة لازمة.

(9) تكملة يقتضيها السياق.

(10) في الأصل: الإضافة، وهو خطأ. والإصابة: الوطء.

(11) هي هكذا في الأصل، ويحتمل أنها من بت الطلاق؛ إذا طلق طلاقًا بائنًا غير رجعي، =

انقضاء العدة. أصله: الحربيان إذا كان في دار[1] الحرب، فأسلم أحدهما بعد الدخول. والله أعلم.

***

= ويحتمل أنها مصحفة، وأصلها: البينونة، وهي: الطلاق الذي لا يحق للزوج إعادة الزوجة إليه فيه إلا بعقد جديد، وهي صغرى وكبرى. فالصغرى هي التي تكون بعد انقضاء العدة من طلقة أوطلقتين، والكبرى هي: التي تكون بعد الطلقات الثلاث. ن: لغة الفقهاء 103، 105، والأنيس 158.

(1) دار الحرب هي: «أراضي الدولة الكافرة التي أعلنت الحرب على المسلمين». لغة الفقهاء 205.

مسألة [19]:

[في: سبي الزوجين أو أحدهما، هل يوجب فسخ النكاح أم لا؟]

سبي[1] أحد الزوجين أو أحدهما، يوجب فسخ[2] النكاح، سبيا مجتمعين أو مفترقين[3]. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال أبو حنيفة: إن سبيا جميعًا بقيا على النكاح، وإن سبيا واحدًا بعد واحد، بطل النكاح[5].

واحتج أصحابه، فقالوا: السبي سبب لملك الرقبة، فلا يبطل به النكاح. دليله: الشراء.

قالوا: ولأن النكاح ليس بملك[6] مال، فلا يبطل بالسبي. دليله:

---

(1) السبي، والسباء، والاستباء: الأسر. ن: الأنيس 188، ولغة الفقهاء 240.

(2) الفسخ: رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره وفسخ النكاح حل ارتباطه. ن: لغة الفقهاء 346.

(3) هذا في قول ابن القاسم وأشهب، وإحدى الروايتين عن مالك. ن: المدونة 214 - 215، وعيون الأدلة السفر 19 / 156، وفي المقدمات 353 - 354، أن المالكية اختلفوا في هذه المسألة على أربعة أقوال: القول الأول: أن السبي يهدم نكاح الزوجة، سبيا معًا أو متفرقين، وهو قول ابن القاسم وأشهب.

والقول الثاني: أن السبي يبيح فسخ نكاحهما. سبيا معًا أو متفرقين. إلا أن يقدم أحدهما قبل صاحبه بأمان. وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة.

القول الثالث: أن السبي لا يهدم نكاحهما، ولا يبيحه. سبيا معًا أو متفرقين، وهو قول ابن المواز.

القول الرابع: أن يفرق في الحكم بين أن تسبى هي قبله، أو يسبى هو قبلها أو معها فيستحيى وهو قول ابن بكير في الأحكام. وقال في البداية 2 / 34،: «وعن مالك قولان: أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح، والثاني: يهدمه بإطلاق».

(4) انظر: الأم 4 / 287، والمهذب 2 / 240.

(5) انظر: المبسوط 6 / 86، وتحفة الفقهاء 2 / 191.

(6) في الأصل: يملك بمال، وهو خطأ بدليل ما يأتي بعده.

القصاص[1]. يبينه[2] أن ذميًا لو قتل ذميًا، ثم هرب القاتل إلى دار الحرب ناقضًا[3] للعهد، ثم سبي، فإنه يقتص منه، ولا يسقط عنه القصاص بالسبي، كذلك لا يبطل النكاح بالسبي.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن السبي [إذا][4] ورد على محل ملك اليمين فإنه يبطله. ألا ترى أن الحربي إذا سبي مملوكه، فإن السبي يبطل ملكه عنه، فكذلك إذا سبيت منكوحة، فإن النكاح يبطل.

ولو سبي حربي[5] ومملوكه أو مملوكته، لبطل ملكه عن ملك يمينه بالسبي، فوجب أن يكون إذا سبي الناكح ومنكوحته، كذلك، لأن السبي إذا أبطل محل النكاح، صار سببًا لملك المتعة. وإذا ملك السابي المتعة[6]، بطل ملك الزوج فيها، كما يبطل ملك يمينه بالسبي. وكما يبطل ملك المنافع[7] المعقود عليها، فيما إذا أجر هذا الحربي نفسه، ثم أسر قبل أن يؤدي ما استؤجر عليه، فإن الإجارة تبطل بالسبي عليه، فكذلك[8] ما كان عليه من دين، فإنه يسقط بالسبي أيضًا.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن السبي سبب لملك الرقبة. قيل: وهو سبب لملك المتعة، لأنه سبب مقصود، مثل الشرى[9] سبب للعتق[10] بواسطة

---

(1) القصاص: «هو أن يفعل بالفاعل مثلما فعل». ن: التعريفات 176، وحلية الفقهاء 195، والطلبة 331، ولغة الفقهاء 364.

(2) في الأصل: بينة.

(3) في الأصل: ناقصًا.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) الحربي: «الكافر الذي يحمل جنسية الدولة الكافرة المحاربة للمسلمين». لغة الفقهاء 178.

(6) المتعة: الاستمتاع.

(7) في الأصل: المانع.

(8) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: وكذلك.

(9) الشرى والشراء: بمعنى واحد. ن: اللسان / شرى.

(10) العتق: «إخراج النسمة من ذل الرق إلى عز الحرية». حلية الفقهاء 208، وانظر: التعريفات 147، والمغرب 303، ولغة الفقهاء 304.

ملك الرقبة.

وقولهم: ولأن النكاح ليس بملك مال. قيل لهم: بل هو ملك متقوم[1] بسبب شرعي، وإذا جاز أن يملك بسبب شرعي، جاز أن يملك بالسبي، لأنه من أسباب القوة.

وأما ما احتجوا به من فصل القصاص. فغير لازم، لأن السابي لا يستحق ملك المسبي حتى يندفع حق[2] صاحب القصاص، لأن حقه أسبق من حق السابي، بخلاف مسألتنا. والله أعلم.

* * *

---

(1) المتقوم: بضم الميم، وتشديد الواو المفتوحة كون الشيء له قيمة مالية، وفي اصطلاح الفقهاء هو: قابلية الشيء لأن يكون له بدل في العقود. ن: لغة الفقهاء 403.

(2) في الأصل: عن وهو خطأ بدليل ما بعده.

مسألة [20]:

[في: ما ترد به المرأة]

ترد المرأة بالجنون[1]، والجذام[2]، والبرص[3]، وداء الفرج[4].[5] وبه قال الشافعي[6].

وقال أبو حنيفة: لا ترد بشيء من ذلك[7].

واحتج أصحابه، فقالوا: وجود العيب بها، لا يوجب خيار[8] الرد. دليله: ما إذا وجدها عمياء، أو عوراء، أو سوداء؛ حيث لا يجوز له ردها.

قالوا: ولأن النكاح عقد لا يقبل الفسخ، فلا[9] يجوز رده بالعيب، لأن

---

(1) الجنون: «زوال العقل أو فساده» المغرب 94، وانظر: التعريفات 79، والأنيس 55، ولغة الفقهاء 167.

(2) الجذام: «داء يقع في اللحم، فيفسد اللحم وينتن، ويتقطع، ويسقط» الطلبة 100، وانظر: لغة الفقهاء 161.

(3) البرص: «بياض يظهر بالجلد، ويتشاءم منه»، الطلبة 100، وانظر: لغة الفقهاء 106.

(4) كالرتق، وهو انسداد فرج، والقرن: وهو لحم في فرج المرأة يمنع الجماع. ن: المهذب 2 / 48.

(5) أي اتفاقًا. واختلف في أربعة عيوب هي: السواد، والقرع، وبخر الفرج، وبخر الفم، فقيل: ترد بها، وقيل: لا ترد. ن: البداية 38، وفي الإشراف 2 / 105: أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين بوجود خمسة عيوب، ثلاثة منها يشتركان فيها، وهي: الجنون، والجذام، والبرص، ونوعان ينفرد بهما أحدهما عن الآخر، ففي الرجل: الجب والعنة أو الاعتراض. وفي المرأة الرتق والقرن. وانظر: المدونة 2 / 167، واختصار عيون المجالس 49و: 2.

(6) قال في المهذب 2 / 48: «إذا وجد الرجل امرأته مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، وهي التي انسد فرجها، أو قرناء، وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع، ثبت له الخيار». وانظر: الأم 5 / 90 - 91.

(7) قال في تحفة الفقهاء 2 / 335: وأجمع أصحابنا ألا يفسخ النكاح بعيوب في المرأة.

(8) الخيار طلب خير الأمرين، والاختيار. ن: لغة الفقهاء 201.

(9) في الأصل: ولا.

الرد بالعيب لا يتصور إلا بالفسخ، لأن[1] الإقالة[2] فيه لا تصح، ولو قبل الفسخ لقبل الإقالة، لأن الإقالة محل الفسخ، يبينه أن الإقالة في العقود هي الحل.

قالوا: ولأنه عقد لا يقبل شرط الخيار، فإن الخيار مشروط للفسخ، فكل[3] ما يقبل الفسخ[4]، يجب أن يكون محلاً لشرط الخيار والإقالة.

قالوا: ولأن النكاح لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون طريقه طريق البياعات، فيجب أن يكون للزوج الخيار والرد بكل عيب وجد بها [هـ 153]، وأنتم لا تقولون بذلك[5]، فإن كان طريقه طريق الهبات[6] والصلات، لا ترد أصلاً.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ للمرأة التي تزوج من بني بياضة، وأنه قعد منها بمقعد الرجل من المرأة، فرأى بياضًا في كشحها[7]، فقام، وقال: «سو عليك ثيابك، والحقي بأهلك، دلستم[8] علي»[9] فأخبر عليه

---

(1) في الأصل: إن.

(2) الإقالة: إقالة العقد أو البيع: فسخه برضى المتعاقدين. ن: لغة الفقهاء 81، والأنيس 212.

(3) في الأصل: وكلما.

(4) في الأصل: للفسخ.

(5) لعل هنا جملة فات الناسخ أن يثبتها هي: «وإما أن يكون طريقه طريق الهبات والصلات» يدل على ذلك ما قبله: «وإما أن يكون طريقه طريق البياعات. . .»، الذي يستلزم ذكر إما ثانية، ليتم التفصيل، ويستقيم السياق.

(6) الهبات جمع هبة، وهي: «التبرع بما ينتفع به الموهوب له، وقد يكون بالعين وقد يكون بالدين، وقد يكون بغير المال». الطلبة: 221، انظر: التعريفات 256، والأنيس 255، ولغة الفقهاء 492.

(7) الكشح: «ما بين الخاصرة إلى الضلع القصوى من الجنب». الطلبة 100.

(8) في الأصل: ولستم، وهو تحريف، والصواب ما أثبتناه، بدليل ما بعده، وبدليل وروده كذلك في بعض الروايات. ن: سبل السلام 3 / 135، ومسالك الدلالة 200، والإشراف 2 / 106.

(9) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في سبل السلام 3 / 135: مروي عن زيد بن كعب بن عجرة عن أبيه، قال: تزوج رسول الله ﷺ: العالية من بني غفار، فلما دخلت عليه، ووضعت=

السلام إنه إنما ردها[1] لأجل التدليس[2].

ولأنه عيب يمنع الغرض المقصود من الاستمتاع، فجاز أن يثبت فيه الخيار، أصله: الجب[3] والعنة[4].

ولأنه عقد على منفعة، فوجب أن يثبت فيه الخيار بوجود الجنون بالمنتفع به. أصله: ما إذا استأجر رجلاً للخدمة، فوجده مجنونًا، أو مجذومًا؛ حيث يجوز له رده.

ولأنه عقد معاوضة، فإذا وجد جنونًا بالمعقود عليه، كان له الخيار، لأن غرض العاقد يفوت مع عدم السلامة، وهذا حرف[5] المسألة.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن[6] العمى[7]، والعور، والسواد، فالجواب عنه أن تلك عيوب لا تمنع الغرض المقصود بالعقد، والجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج، عيوب تمنع الغرض المقصود.

وقولهم: إن النكاح لا يقبل الفسخ، باطل على مذهبهم ومذهبنا، فإن الأمة إذا أعتقت تحت عبد، فاختارت نفسها، قبل العقد الفسخ، وكذلك إذا اختارت اليتيمة الصغيرة التي تزوجت قبل البلوغ فسخ النكاح بعد بلوغها، فلها

= ثيابها رأى بكشحها بياضًا، فقال: «البسي ثيابك والحقي بأهلك»، وأمر لها بالصداق، قال الصنعاني: رواه الحاكم، وفي إسناده جميل بن زيد، وهو مجهول، واختلف عليه في شيخه اختلافًا كثيرًا. وأورده في مسالك الدلالة 200، بنحوه مرويًا عن كعب بن زيد مرفوعًا، ثم قال: «رواه أحمد، وأبو نعيم، والبيهقي وغيرهم. . .»، وفي بعض طرقه أنه قال: «دلستم علي» إلا أن في سنده اضطرابًا شديدًا.

(1) في الأصل: أراد.

(2) التدليس: «إخفاء العيب». الطلبة 100.

(3) الجب: القطع. ومنه المجبوب وهو المقطوع الذكر. انظر: الطلبة 101.

(4) العنة: «صفة العنين، وهو الذي لا يقدر على إتيان المرأة». الطلبة 100، وانظر: المغرب 329، والتعريفات 158، والأنيس 165، ولغة الفقهاء 323.

(5) أي: القول الفصل فيها.

(6) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(7) في الأصل: العما.

الفسخ على أصل مذهبهم، وكذلك إذا زوجت لغير كفء لها، فلها أن تختار الفسخ إن شاءت، وهذا كله يدل على ضعف ما أصلوه. فإن العقد إذا قبل الفسخ من وجه، قبله من كل وجه، وهذا هو الجواب عن بقية كلامهم في هذا الفصل.

وقولهم: ولأنه لا يقبل الإقالة، فلم يقبل الفسخ، باطل بالخلع[1]، لأنه عندنا بمنزلة الإقالة في البيع.

وقولهم: لا يخلو النكاح إما أن يكون طريقه طريق البياعات، أو طريق[2] الهبات والصلات، فالجواب عنه: أن كل عقد قارنه سبب يمنع الغرض المقصود في ذلك العقد، فإن الخيار ثابت فيه، كالعيب[3] في الإجارة، ووجود[4] الثمن نحاسًا، أو رصاصًا في البيع، أن اختيار[5] الفسخ في ذلك كله ثابت لفوات الغرض المقصود. والله أعلم.

* * *

---

(1) الخلع: «إزالة ملك النكاح بأخذ المال». التعريفات 101، انظر: حلية الفقهاء 170. والمغرب 151 - 152، والأنيس 161، ولغة الفقهاء 199.

(2) في الأصل: وطريق.

(3) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: كالغبن، لأنه الأوفق، والله أعلم.

(4) في الأصل: وجود.

(5) في الأصل: اختار.

مسألة [21]:

[في نكاح المريض المخوف عليه، هل يجوز أم لا؟]

نكاح المريض المخوف عليه، المحجوز عليه في ماله، غير جائز، ويفسخ، فإن بنى بها في مرضه، ثم مات، فلها صداقها المسمى من الثلث مبدأ، فإن زاد المسمى على صداق المثل، سقط الزائد عند ابن القاسم[1] ولم يسقط عند ابن عبد الحكم[2]، ولا ميراث لها[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي، نكاح جائز صحيح كنكاح الصحيح[4].

---

(1) هو أبو عبد الله عبد الرحمٰن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، صاحب مالكًا ولازمه مدة عشرين سنة، روى عنه وعن الليث، وعبد العزيز بن الماجشون، وغيرهم، وعنه أصبغ، وسحنون، وغيرهما. خرج له البخاري والنسائي. مات سنة 191هـ ترجمته في الانتقاء 50، وطبقات الشيرازي 150، والديباج 1 / 495، والشجرة 58، والخلاصة 233.

(2) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، سمع من أبيه، ومن أشهب، وابن القاسم، وغيرهم. له: أحكام القرآن، وأدب القضاة، وغير ذلك. توفي سنة 268هـ.
ترجمته في الانتقاء 113، والديباج 1 / 163، والشجرة 67، والخلاصة 345.
ويحتمل أن المراد والده أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين، أعلم أصحاب مالك بمختلف قوله. ورئيس المالكية بمصر بعد أشهب توفي سنة 214هـ.
ترجمته في طبقات الشيرازي 151، وترتيب المدارك 3 / 363 - 368، والديباج 419 / 420، والشجرة 59، والخلاصة 204.

(3) قال في البداية 2 / 35: «واختلفوا في نكاح المريض، فقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز، وقال مالك في المشهور عنه: أنه لا يجوز، ويتخرج ذلك من قوله: إنه يفرق بينهما، وإن صح، ويتخرج من قوله أيضًا: إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب»، وقال في أسهل المدارك 2 / 93 نقلاً عن رسالة ابن أبي زيد القيرواني: «ولا يجوز نكاح المريض، ويفسخ، وإن بنى فلها الصداق من الثلث مبدأ ولا ميراث لها». وقال في مسالك الدلالة 192: «انفرد مالك رحمه الله عن سائر الأئمة بهذه المسألة، ولا دليل له عليها، ولا مستند، وقد روى سحنون عن ابن شهاب مثل هذا، وكذلك رواه ابن وهب عنه، وعن يحيى بن سعيد بنحوه، وكلها آراء لا مستند لها، والله أعلم.

(4) انظر: البداية 2 / 35.

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 3]، فعم، ولم يفرق بين صحيح ومريض.

ولأنه استباحة بضع، فجاز للصحيح والمريض. أصله: رجعة المطلقة في المرض.

ولأنه عقد معاوضة يجوز للصحيح، فوجب أن يجوز للمريض، دليله: التسري[1] بالأمة.

ولأنه مريض، ليس فيه شيء أكثر من الحجر عليه في ماله، والحجر عليه في ماله لا يمنع نكاحه. أصله: نكاح المولى عليه.

ولأن منعه من النكاح لا يخلو من أوجه: إما أن يكون [لحق][2] الورثة، أو لحق الله عز وجل، أو لحق الزوجة، أو لحق نفسه.

ولا يجوز أن يكون لحق الورثة، لأنه لو كان كذلك لجاز بإجازتهم كالوصية، للوارث، أو إذا زادت وصيته على الثلث.

ولا يجوز أن يكون لحق الله عز وجل، كالمتزوج خامسة، أو في العدة.

ولا يجوز أن يكون لحق الزوجة، لأنه يوجب أن يجوز ذلك برضاها.

ولا يجوز أن يكون لحق الزوج نفسه، لأنه لو منع من الزواج لحق نفسه، لمنع من الأخذ بالشفعة[3]، وما أشبه ذلك، وذلك محال.

فإذا بطلت هذه الوجوه كلها، لم يبق لمنعه من النكاح وجه.

قالوا: ولأنه لو استلحق[4] ولدًا في مرضه، أو أقر بزوجة تزوجها في

= وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 35 ـ تردد النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك أنه لا يجوز هبة المريض إلا من الثلث، ويجوز بيعه، ولاختلافهم أيضا سبب آخر هو: هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم؟

(1) التسري: وطء الأمة المملوكة ملك يمين. لغة الفقهاء 130، وانظر: التعريفات 58.

(2) تكملة لازمة.

(3) الشفعة بضم الشين هي: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه». شرح الحدود 356، وانظر: حلية الفقهاء 155، والأنيس 271، والقاموس الفقهي 199، ولغة الفقهاء 264.

(4) الاستلحاق هو: «ادعاء رجل أنه أب لهذا الإنسان». القاموس الفقهي 329، وانظر: لغة الفقهاء 64 - 65. واستلحق ولدًا، وصل نسبه به، وجعله يلحقه نسبًا.

الصحة، جاز إقراره[1]. وفيه إدخال وارث على ورثته.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن المريض محجور[2] عليه في ماله أن يخرجه في غير معاوضة، أو عن معاوضة فيها محاباة[3] لحق الورثة.

وإذا كان الحجر عليه إنما هو لحقوقهم، منع من إدخال وارث عليهم، كما منع من الطلاق في المرض، لأنه فيه إخراج وارث عما وجب له من الإرث، فإذا منع من الطلاق، لأن فيه إخراج وارث، منع من النكاح لأن فيه إدخال وارث.

وعقد[4] هذا الأصل: هو أن نكاح المريض عقد، وعقد المحجور عليه لا يجوز منه إلا ما كان على وجه معاوضة، لا محاباة فيها، والنكاح لا عوض للمريض عنه، فوجب ألا يجوز.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من ظاهر الآية التي احتجوا بها، فهو مخصوص بما ذكرناه[5].

وقياسهم على الرجعة، غير صحيح؛ إذ ليس كل حال جازت فيه الرجعة، جاز فيه النكاح، ألا ترى أن المحرم له أن يرتجع، وليس له أن يتزوج؟ وكذلك العبد إذا طلق، له أن يرتجع، وليس له أن ينكح [هـ 154] بغير

---

(1) الإقرار: «إخبار بحق لآخر عليه». التعريفات 33، وانظر: حلية الفقهاء 145، والطلبة 277، والأنيس 243، ولغة الفقهاء 83.

(2) في الأصل: المحجور.

(3) في الأصل: محاداة وهي كذلك حيثما وردت. والمحاباة: هي إعطاء أحد المتماثلين، أو الحط عنه، أكثر من الآخرين، بغير وجه صحيح وأيضًا هي المسامحة في البيع بزيادة المشتري شيئًا على الثمن، أو حط البائع شيئًا منه. ن: لغة الفقهاء 407.

(4) وعقد هذا الأصل، هو نظير قول المؤلف؛ وحرف المسألة، والحرف الوجيز، وما أشبه ذلك مما يمكن اعتباره اصطلاحًا خاصًا به، ومعناه في الجملة: والقول الفصل، وملخص القول.

(5) أي من الأقيسة، ومعلوم أن تخصيص عموم الكتاب بالقياس الصحيح أمر سائغ عند جمهور الأصوليين. ن: أصول الفقه 337.

إذن سيده؟[1].

واعتراضهم بشراء الأمة، غير لازم، لأنه إخراج مال عن عوض أخذه المريض، لا إبطال فيه لحقوق الورثة.

وقياسهم على السفيه[2]، المحجور عليه، غير لازم أيضًا، لأن الحجر على المريض، حجر مخصوص لحق الورثة، فإذا صح ارتفع الحجر، وليس كذلك الحجر على السفيه، لأن الحجر عليه لحق نفسه، لا لحق غيره، والمريض إنما حجر عليه لحق غيره. فافترقا.

وأما التقسيم الذي قسموه، فالصحيح منه، إنما حجر عليه لحق الورثة ـ كما تقدم ـ ولا يلزم عليه ما قالوه: إنه يجوز بإجازتهم[3].

وما ذكروه من الشفعة[4] غير لازم، لأن في الشفعة، إنما أخذ للورثة، وفي النكاح، إخراج المال عن الورثة.

وقياسهم نكاح المريض على نكاح الصحيح، باطل، لأن الصحيح لا حجر عليه في إخراج ماله على غير عوض.

واعتراضهم بمسألة الاستلحاق. غير لازم، لأنه ليس بإدخال وارث، وإنما هو إخبار عن وارث قد كان قبل المرض، والإخبار به واجب، وكذلك لو أقر بزوجة تزوجها في حال صحته، فإن إقراره يصح وترث[5] مع الورثة، وليس في شيء من ذلك إدخال وارث على ورثته؛ وإنما[6] هو إخبار عن وارث يجب له الإرث مع الورثة.

---

(1) في الأصل: السيدة.

(2) السفيه: «من يبذر ماله في ما لا ينبغي». القاموس الفقهي 174، وانظر: لغة الفقهاء 245.

(3) الإجازة لغة: «الإذن والترخيص، واصطلاحًا: جعل التصرف صحيحًا نافذًا» لغة الفقهاء 43.

(4) الشفعة: «استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه». شرح الحدود 356، وانظر: الطلبة 245، والمغرب 253، وحلية الفقهاء 155، والتعريفات 127، والأنيس 271، ولغة الفقهاء 264.

(5) في الأصل: ويرث.

(6) في الأصل: فإنما.

مسألة [22]:

[في: من تزوج امرأة على ثوب هروي لم يصفه]

إذا تزوج امرأة على ثوب هروي[1] ولم يصفه، أو على عبد مطلق، ولم يصفه، جاز ذلك، ويكون لها الوسط من ذلك[2]. **وبه قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: التسمية فاسدة، ويجب للمرأة صداق المثل[4].

---

(1) ثوب هروي بفتح الهاء والراء وكسر الواو وتشديد الياء، ثوب منسوب إلى هراة، وهي إحدى مدن خراسان المشهورة، وتقع اليوم في دولة أفغانستان. ن: المغرب 502، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 181.

(2) قال في الإشراف 2 / 112: «يجوز أن يتزوجها على عبد مطلق، أو صفة جهاز بيت، ويكون لها الوسط من ذلك»، وقال في المنتقى 3 / 291: «فيجوز أن يتزوج بعبد في ذمته غير موصوف، ولها الوسط من ذلك. وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون موصوفًا». وقال في البداية 2 / 16: «... واختلفوا في العوض الغير موصوف، ولا معين، مثل أن يقول: أنكحتها على عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفًا يضبط قيمته. فقال مالك: يجوز... وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى...».

(3) في المبسوط 5 / 80: «... ولو تزوجها على ثوب هروي بغير عينه، ولم يبين الصفة، فإن أتاها بالثوب أجبرت على القبول، وإن أتاها بالقيمة أجبرت أيضًا بمنزلة العبد المطلق...»، وقال في البدائع 2 / 283: «وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع، مجهول الصفة والقدر كما إذا تزوجها على عبد، أو أمة، أو فرس، أو جمل، أو حمار، أو ثوب مروي، أو هروي، صحت التسمية، ولها الوسط من ذلك، وللزوج الخيار، إن شاء أعطاها الوسط، وإن شاء أعطاها قيمته».

وهذا عندنا، وقال الشافعي: «لا تصح التسمية، وانظر أيضًا: تحفة الفقهاء 2/ 205.

(4) قال في الأم 5 / 74: «ولو أصدقها بيتًا أو خادمًا لم يصفه، ولم تعرفه بعينه، كان لها صداق مثلها، لا يكون الصداق لازمًا إلا بما تلزم به البيوع».

وأصل الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 16 ـ يرجع إلى: هل النكاح يجري مجرى البيع، من القصد إلى التشاح، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ، بل القصد منه أكثر، المكارمة؟

واحتج أصحابه فقالوا: المسمى مجهول، فيجب أن يكون فاسدًا، ويجب صداق المثل.

قالوا: ولأن الثوب الهروي يكون على صفات مختلفة، وكذلك العبد يكون على أنواع مختلفة، فلا يمكن إيجابه على نوع أو وصف، إلا ويعارضه وصف آخر، ونوع آخر، فيفوت الغرض المقصود. ألا ترى أن مثل هذا في السلم(1) لا يجوز؟

والدليل على صحة ما قلناه: ما أثبته الشارع عليه السلام من الأسنان(2) في الزكوات والجنايات، والديات من غير تعرض لوصف؛ بل يجب في ذلك الوسط من الأسنان، فكذلك في مسألتنا.

ولأن النكاح مبني على الوصلة والمكارمة(3)، والحث على مكارم الأخلاق، فجاز فيه ما لا يجوز في البيع الذي مبناه على المشاحة والمكاسبة(4)، والمغابنة.

= فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال: كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف، كذلك لا يجوز النكاح، ومن قال ليس يجري مجراه؛ إذ المقصود منه إنما هو المكارمة. قال: يجوز. وذكر المقري في (قواعده 82) سببًا آخر لِهذا الخلاف، وهو أن «الصداق عند مالك والنعمان ليس بعوض محض، بل هو تعبد، لبيان خطر البضع، وللفرق بين النكاح والسفاح، فيجوز بعبد أو دابة، ويحكم بالوسط، وعند محمد عوض محض، فلا يجوز، ويحكم بصداق المثل...».

(1) السلم بفتح السين واللام: «اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلمًا فيه، والثمن رأس المال، والبائع يسمى مسلمًا إليه والمشتري رب السلم» التعريفات 120، وانظر: حلية الفقهاء 140، وشرح الحدود 291، والأنيس 218، ولغة الفقهاء 248 - 249.

(2) الأسنان جمع سن وهو العمر. ن: لغة الفقهاء 250، والأسنان في الديات: بنت لبون، وبنت مخاض، وحقة، وجذعة، وثنية، ورباعية... ن: الطلبة 335 - 336.

(3) في الأصل: والمكاره. والمكارمة: المسامحة، والمروءة، وعدم التشاح.

(4) المكاسبة: مفاعلة من الكسب والكسب: هو الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر. ن: لغة الفقهاء 381، كأن المتبايعين يحاول كل منهما أن يكسب بالمشاحة والمماكسة حظًا زائدًا لنفسه ويحتمل أن المكاسبة هنا مصحفة وأصلها: المكايسة. والله أعلم.

ولأن البضع المعقود عليه، ليس بمال بالإجماع، فجاز أن يكون العوض عنه ثوب هروي مطلق[1]، أو عبد مطلق، ونحو ذلك. دليله: ما قدمناه من أسنان الإبل في الزكوات، والجنايات، والديات.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: التسمية فاسدة، فليس كذلك بما قدمناه، وبما بيناه من جواز أخذ السن الوسط في الزكوات والديات.

وقولهم: إنه يلزم صداق المثل، فهو أعظم جهلاً وغررًا[2] من ثوب هروي، لأنه جهل بالمقدار، وليس في الثوب الهروي أكثر من الجهل بالصفة، فالجهل بالمقدار أكثر غررًا، كما ذكرنا.

وقياسهم على مسألة السلم[3]. غير لازم، لأن عقد السلم عقد مال، يقابله مال، ومبناه على المشاحة[4] وطلب النماء في الأموال، وعقد النكاح ليس بعقد على مال، ومبناه[5] على المكارمة كما ذكرناه، فجاز فيه ما لا يجوز في البيوع.

* * *

---

(1) مطلق: غير مقيد بصفة تعينه.

(2) الغرر: «ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا يكون». التعريفات 161، وانظر: حلية الفقهاء 134، والمغرب 338، وشرح الحدود 253، ولغة الفقهاء 330.

(3) في الأصل المسألة، وهو خطأ يدل على ذلك ما بعده.

(4) فوق السطر هنا أحرف مقطعة لا معنى لها، يكاد يتكون من مجموعها ما صورته: وأما بما فيها.

(5) في الأصل: وبناه.

مسألة [23]:

[في: النكاح في العدة]

إذا تزوج رجل امرأة في عدتها، فرق بينه وبينها، وحرمت عليه تحريمًا مؤبدًا[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا تحرم عليه[2].

واحتج أصحابهما، فقالوا: وطء بشبهة، فوجب ألا يتأبد تحريمها. دليله: ما لو باشرت عقد النكاح بنفسها، أو نكحها نكاح متعة؛ حيث لا يتأبد تحريمها عليه بإجماع.

ولأن كل وطء لو كان مباحًا، لم تحرم به المرأة على الواطئ، فكذلك إذا كان الوطء حرامًا. أصله: ما لو زنا بها، فإن وطئه ذلك حرام، كالوطء في العدة سوى، وهي مع ذلك لا تحرم عليه.

والدليل على صحة ما قلناه: ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما في ذلك، وأن عمر ضرب رشيدًا[3] الثقفي، حين تزوج

---

(1) وهذا هو المشهور من مذهب مالك: وقد وصفه أبو الحسن القصار بالضعف من جهة النظر، وروى الشيخ أبو القاسم بن الجلاب في تفريعه في التي يتزوجها في عدة من طلاق، أو وفاة، عالمًا بالتحريم روايتين:

إحداهما: أن تحريمها يتأبد، والثانية: أنه زان وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، وله أن يتزوجها إذا انقضت عدتها.

والقول بتأبيد التحريم هو ما ثبت من قضاء عمر رضي الله عنه، وعلي بن أبي طالب كرم الله وجهه، ولا مخالف لهما مع شهرة ذلك وانتشاره. ن: المنتقى 3 / 317، والتفريع 2 / 60.

(2) قال في البداية 2 / 35: «وقال أبو حنيفة والشافعي: يفرق بينهما، وإذا انقضت العدة بينهما، فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية».

(3) هو ـ كما في الإصابة 3 / 288 ـ: رويشد الثقفي، سهر بني عدي بن نوفل بن عبد مناف، كان بيته حانوتًا لبيع الخمر، فأحرقه عمر رضي الله عنه. وفي النص الذي نحقق أنه هو الذي تزوج طليحة في عدتها، فخفقه عمر بالدرة وهو مثل ما في البداية 2 / 36، والذي في=

طليحة[1] في عدتها، وضربها، ثم قضى[2] بفراقهما، ثم قال: «أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوج بها قد دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا ينكحها أبدًا»[3] وروى عن علي مثله[4]، ولا مخالف لهما في ذلك[5]، مع شهرة هذه القضية وانتشارها، فصار ذلك إجماعًا.

فأما من جهة المعنى، فنقول: الناكح في العدة معجل شيئًا قبل وقته،

= الموطأ 364، والإصابة 3 / 288. أنه ليس الذي تزوج طليحة في عدتها، وإنما هو الذي طلقها، فنكحت غيره في عدتها منه.

(1) هي طليحة بنت عبد الله التيمية، كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها، فنكحت في عدتها، ابن منبه، أو أبا الجلالس، فضربها عمر رضي الله عنه، وضرب زوجها الذي تزوجها في العدة بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما. ن: الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 71، وأوجز المسالك 9 / 357.

(2) في الأصل: قضا

(3) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب النكاح: جامع ما لا يجوز من النكاح، عن سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، ولفظه عندهم: «أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها، فنكحت في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر بن الخطاب: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطبًا من الخطاب. وإن كان قد دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدًا. قال مالك: وقال سعيد بن المسيب ولها مهرها بما استحل منها».

(4) قال في أوجز المسالك 9 / 359: «. . . ولنا ما روى مالك عن عمر بن الخطاب، وروي عن علي رضي الله عنه، أنه قضى في العدة بنحو ذلك. . .».

(5) الذي في البداية 2 / 36 خلاف هذا. وهذا نصه: «وروي عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا. . .». وفي بعض الروايات: أن عمر كان قضى بتحريمها، وكون المهر في بيت المال، فلما بلغ ذلك عليًا أنكره، فرجع عن ذلك عمر، وجعل الصداق على الزوج، ولم يقض بتحريمها عليه. رواه الثوري عن أشعث، عن الشعبي، عن مسروق». وفي المحلى 9 / 480 أنه: «قد صح رجوع عمر عن ذلك».

فعوقب بأن حرم عليه على التأبيد، كما حرم [على][1] قاتل العمد أن يرث شيئًا مما خلفه المقتول، لأنه استعجل شيئًا قبل وقته. وهذا ما لا خلاف بيننا وبينهم فيه.

ولأن سائق هدي[2] التطوع، إذا ملك [الهدي][3] قبل محله، لا يأكل منه، لأنه يتهم أن يكون غرضه للتلف ليأكل منه، فمنع من أكله.

ولأنه متى[4] تزوج [هـ155] في العدة، أدخل شبهة في النسب، فعوقب بأن منع من نكاحها على التأبيد كالملاعن، فإنها إنما حرمت عليه على التأبيد لإدخال الشبهة في النسب[5].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من نكاح من زوجت نفسها، أو نكاح المتعة. غير لازم، لأنه نكاح ليس فيه شبهة في نسب، ولا استعجال شيء قبل وقته.

وكذلك ما ذكروه من الزنا، وأيضًا فإن الزنا لا حرمة[6] له؛ إذ لا يلحق فيه نسب، فصح ما قلناه. والله أعلم.

* * *

(1) تكملة لازمة.
(2) في الأصل: هذ والهدي: «ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقر أو بعير» المغرب 501، وانظر: حلية الفقهاء 121، والطلبة 80، والتعريفات 256، ولغة الفقهاء 493.
(3) تكملة يقتضيها السياق، ومحل الهدي: الموضع الذي يحل فيه نحره وذبحه. ن: اللسان / حلل.
(4) في الأصل: متا.
(5) لقد اعتبر ابن رشد هذا القياس شبه ضعيف، لأنه مختلف في أصله. ن: البداية 2 / 36.
(6) لا حرمة له: لا احترام له. ن: لغة الفقهاء 179.



كتاب الطلاق[1]

مسألة [24]:

[في حكم الطلاق في الحيض]

طلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يمسها فيه، ولا يجوز له أن يطلقها في حال الحيض، فإن فعل كره له ذلك، ولزمه الطلاق، وأجبر على الرجعة، إن كان طلاقًا يجوز فيه الرجعة[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجبر عليها. وهو بالخيار، إن شاء ارتجع أو ترك[3].

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ[4] أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: 228]، قالوا: فجعل جل وعز الرجعة للزوج، لاحقًا عليه، ومن كان له حق لا يجبر على فعله.

قالوا: ولأنها استباحة بضع، فأشبهت ابتداء النكاح، وابتداء النكاح غير

---

(1) الطلاق: «إزالة ملك النكاح». التعريفات 141، وانظر: حلية الفقهاء 172، والطلبة 111، والمغرب 292، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 188، ولغة الفقهاء 291، والأنيس 153.

(2) قال في الإشراف 2 / 123: «إذا طلق في الحيض طلاقًا رجعيًا، أجبر على ارتجاعها... لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وطلاقها حال الحيض، إضرار بها، لأنه يطول عليها العدة، فيجب إزالته، ولا طريق إلى ذلك إلا بالارتجاع...» وانظر أيضًا: البداية 2 / 48، والمنتقى 4 / 97.

(3) قال في المهذب 2 / 79: «وإن طلقها في الحيض، أو الطهر الذي جامع فيه، وقع الطلاق، لأن ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته، وهي حائض فأمره النبي ﷺ، أن يراجعها، فدل على أن الطلاق واقع. والمستحب أن يراجعها، لحديث ابن عمر رضي الله عنه، ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي من أجله حرم الطلاق، وإن لم يراجعها جاز، لأن الرجعة إما أن تكون كابتداء النكاح، أو كالبقاء على النكاح، ولا يجب واحد منهما»، وقال في البدائع 3 / 94: «وإذا طلقها في حالة الحيض، فالأفضل أن يراجعها... ولو امتنع عن الرجعة لم يجبر عليها»، وانظر أيضًا: الإشراف 2 / 123، والمنتقى 4 / 97، وسبل السلام 3 / 169.

(4) بعولتهن: أزواجهن. ن: اللسان / بعل، ولغة الفقهاء 108.

واجب[1]، فكذلك الرجعة.

ولأن النكاح آكد من الرجعة، والرجعة من توابعه، فإذا لم يجب الآكد فالأضعف أولى ألا يجب.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه حين سأله لولده عبد الله[2] لما طلق امرأته وهي حائض، فقال له عليه السلام: «مره فليراجعها، حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[3] وأمره عليه السلام على الوجوب وهذا نص في موضع الخلاف.

فإن قالوا: إن الأمر إنما كان لعمر فلا يتوجه على ابن عمر فهو مكابرة[4]؛ وقد قال ﷺ: «مروا أبا بكر فليصل[5] بالناس[6]». ولم يقل أحد: إن هذا الأمر موقوف بالطلاق في الحيض، لأنه أضر بها في تطويل العدة، فعوقب[7] بلزوم الرجعة، ليزيل عنها ضرر تطويل العدة.

---

(1) أي عند غير الظاهرية، أما عندهم فهو واجب. ن: الإشراف 2 / 89، والمحلى 9 / 440.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) أخرجه مالك في الموطأ، والبخاري، ومسلم في صحيحيهما. والأربعة أصحاب السنن، جميعًا في كتاب الطلاق، ولفظه عند البخاري في أول الكتاب: «عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها»، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء».

(4) المكابرة: المجادلة في المسائل العلمية، لا لإظهار الحق، ولكن لمجرد الانتصار على الخصم. ن: التعريفات 227، ولغة الفقهاء 455.

(5) في الأصل: فليصلي.

(6) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب أهل العلم والفضل أحق بالإمامة، عن أبي موسى الأشعري، وعائشة رضي الله عنهما، وهو في المتن: «فليصل للناس»، والصواب ما أثبتناه من البخاري في الكتاب والباب المذكورين.

(7) في الأصل: عوقب.

فإن قالوا: لا عقوبة عليه[1] في هذا، وإنما فيه قضاء وطر الشهوة وإنما تكون العقوبة بما[2] طريقه الألم والمشقة. قيل لهم: العقوبة التي أردنا: هي ردها إلى حال الزوجية، لأن[3] غرضه في طلاقها في الحيض، زوال عصمته عنها، فعقوبته[4] ردها إلى العصمة كما كانت.

ولسنا نقول: إن إجباره على ردها ليطأها ويتلذذ بها، لأن نفس الارتجاع ليس بوطء، ولا التذاذ؛ بل هو ألم ومشقة، وتكليف ومؤونة، فيما يلزمه من كسوة ونفقة، وغير ذلك، إلى أن تطهر، ثم تحيض، كما أمر صاحب الشريعة عليه السلام.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ[5] أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ[6] أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: 228]، غير لازم، لأنه غير ممتنع أن يكون ذلك في طلاق لاحق للمرأة فيه، كأن[7] يطلق في طهر لم يمس فيه، ونحو ذلك، فهنا يكون حق الرجعة له لا عليه؛ وقد شاركناهم في تأويل الآية، فإما إن طلق في الحيض، فالحق في الرجعة للزوجة لا للزوج، ولذلك قلنا يجبر على الرجعة لحقها لا لحقه، وبهذا يبطل عليهم كل ما أصلوه في هذا الفصل.

وقولهم: إن النكاح آكد من الرجعة، لأن الرجعة من توابعه، فإذا لم يثبت الآكد، فالأضعف أولى[8] ألا يجب. باطل، لأنا لا نوجب الرجعة لمعنى يرجع إلى القوة والضعف، وإنما نوجبها لزوال ما تعلق بالمرأة من الضرر، لأنها تعتد ولا تحتسب بالزمن الذي طلقها فيه. وهذا هو الضرر الذي أردناه، وهذا المعنى معدوم في ابتداء النكاح. فصح ما قلناه.

---

(1) في الأصل: له.

(2) في الأصل: ما.

(3) في الأصل: لا.

(4) في الأصل: فعقوبتها.

(5) البعولة: جمع بعل، وهو الزوج، ونظيره من العربية الفحل وجمعه: الفحولة. الطلبة 115.

(6) في الأصل: فإن.

(7) في الأصل: ثم أن.

(8) في الأصل: أولا.

مسألة [25]:

[في حكم الطلاق الثلاث في كلمة واحدة]

إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة[1]. ويلزم إن وقع[2]. وبه **قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: ذلك مباح، ولا كراهة فيه[4].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: 1] قالوا: فأطلق الطلاق، ولم يقيده بعدد.

قالوا: وفي حديث العجلاني[5]: «كذبت عليها يا رسول الله إن

---

(1) البدعة: «اسم من ابتدع الأمر، إذا ابتدأه وأحدثه، كالرفعة من الارتفاع... ثم غلبت على ما هو زيادة في الدين، أو نقصان منه». المغرب 37، وانظر: التعريفات 37، والأنيس 106، ولغة الفقهاء 104.

(2) قال في المقدمات 385: «لا يجوز عند مالك رحمه الله تعالى أن يطلقها ثلاثًا في كلمة واحدة، فإن فعل لزمه ذلك». وانظر: الإشراف 2 / 123.

(3) قال في المبسوط 6 / 4: «قال علماؤنا رحمهم الله: إيقاع الثلاث جملة بدعة»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 252: «طلاق البدعة في العدد، أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة».

(4) قال في الأم 5 / 192 - 195: «قال الشافعي: أختار للزوج ألا يطلق إلا واحدة، ليكون له الرجعة في المدخول بها، ويكون خاطبًا في غير المدخول بها، ومتى نكحها بقيت له عليها اثنتان من الطلاق، ولا يحرم عليه أن يطلق اثنتين ولا ثلاثًا، لأن الله تعالى أباح الطلاق، وما أباح فليس بمحظور على أهله...»، وقال في المهذب 2 / 79: «وإن جمعها في طهر واحد جاز...»، وقال في المجموع 17 / 86: «... فإن أصحابنا قرروا أنه يستحب لمن أراد أن يطلق امرأته أن يطلقها واحدة، لأنه إذا ندم على طلاقها، أمكنه تلافي ذلك بالرجعة، وإن أراد أن يطلقها ثلاثًا، فالمستحب أن يفرق في كل طهر طلقة. وحكى أبو علي الشيخي عن بعض أصحابنا أنه قال: «لا سنة في عدد الطلاق، ولا بدعة، وإنما السنة والبدعة في الوقت. والمنصوص هو الأول...».

(5) هو عويمر بن الحارث بن يزيد بن حارثة بن الجد العجلاني، رمى زوجته بشريك بن سحماء، فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، وذلك في شعبان سنة تسع من الهجرة، وكان قدم من تبوك فوجدها حبلى. =

أمسكتها»، فطلقها ثلاثًا، فلم ينكر ذلك عليه رسول الله ﷺ[1].

قالوا: ولأنه مالك لعصمة يجوز فيها الجمع والتفريق، فلا كراهة عليه في إزالة ملكه بكل حال. أصله: سائر أملاكه.

قالوا: ولأن إيقاع الثلاث في كلمة واحدة، ليس فيه شيء أكثر من قطع الرجعة، وذلك لا يوجب منعه من إيقاع ذلك. دليله: الخلع، والتطليقة الثالثة.

قالوا: ولأنه طلاق لا يكره إيقاعه متفرقًا، فوجب أن لا يكره مجتمعًا. أصله: ما إذا قال لأربع نسوة: أنتن طوالق، أن ذلك لا يكره، كما لو أفرد كل واحدة منهن بطلاقها.

قالوا: ولأن عقد النكاح مباح، فوجب أن يكون جميع ما يزيل ذلك العقد المباح مباحًا، ولا فرق.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ إلى قوله [هـ 156]: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، فأرشد جل وعز إلى طلاق إن أدركت فيه المطلق ندامة، وجد سبيلاً إلى الرجعة، فإذا طلقها ثلاثًا، لم يبق له إلى الرجعة سبيل. فإن أدركه في ذلك ندم، لم ينفعه ندمه؛ إذ قد زلت به قدمه، وإلى هذا ذهب عمر، وابن عمر[2]، وعلي، وابن عباس[3]، وأبو موسى[4] الأشعري رضي الله عنهم.

وقولهم[5]: ولأنه متى طلقها ثلاثًا في كلمة واحدة، فقد ضيق على نفسه

= ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 9 / 54، والإصابة 8 / 182.

(1) جزء من حديث طويل أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الطلاق: ما جاء في اللعان، والبخاري في كتاب الطلاق باب من أجاز طلاق الثلاث، وفي باب اللعان، ومسلم في كتاب اللعان كلهم عن ابن شهاب عن سهل بن سعد الساعدي، وبلفظ يكاد يكون واحدًا.

(2) تقدمت ترجمته.

(3) تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

ما وسعه الله تعالى عليه، فعلم بهذا أن فعله ذلك بدعة.

ولأن الطلاق أيضًا مكروه لقوله ﷺ: «أبغض المباحات إلى الله الطلاق»[1].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «أحب المباحات إلى الله النكاح»[2]، وإذا كان النكاح محبوبًا، كان تركه بالطلاق مكروهًا، لأن ترك ما يحبه الله تعالى مكروه[3].

ولا يعترض على هذا بالطلاق واحدة لأنه أبيح رخصة[4]، لأن الحاجة ربما دعت إلى إيقاعه، لأن النكاح إنما عقد للسكن والألفة والازدواج، وموافقة القلوب؛ وقد لا يتفق ذلك، فإذا لم يتفق، أبيح له أن يطلق واحدة، وهذا إن شاء الله واضح لا إشكال فيه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ فهو حجة لنا، لأن المقصود من الآية بيان الحال التي يجوز أن يقع الطلاق فيها دون غيرها، والآية دليل لنا.

وحديث العجلاني، لا حجة لهم فيه، لأنه إنما أوقع الطلاق على من لا يلحقه الطلاق. إنها بانت[5] منه بتمام التعانها، فطلاقه إياها كطلاق الأجنبية،

---

(1) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما في المبسوط 3 / 6: ونصه: «وإن أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق». وورد في سنن أبي داود في كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق من رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنه بلفظ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

(2) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وذكره في إيثار الإنصاف 104، بلفظ: «أحب المباحات إلى الله تعالى النكاح»، دون تخريج، ووصفه بالغريب.

(3) المكروه: «ما ثبت النهي عنه مع العارض، وحكمه الثواب بتركه، وخوف العقاب بالفعل، وعدم الكفر بالاستحلال». الأنيس 102 - 103، وانظر: التعريفات 228، ولغة الفقهاء 456.

(4) الرخصة: «اسم لما شرع متعلقًا بالعوارض، أي: بما استبيح بعذر، مع قيام الدليل المحرم، وقيل: هي ما بني على أعذار العباد». التعريفات 110، وانظر: لغة الفقهاء 221.

(5) بانت منه: من البين، وهو الفراق، والمراد فارقته، وانفصلت عنه، وصارت كالأجنبية. ن: =

فبطل ما قالوه.

وقولهم: ولأنه مالك لعصمة يجوز فيها الجمع والتفريق، إلى آخر ما ذكروه من هذا الفصل، فليس كونه مالكًا بالذي يوجب إزالة الملك على كل وجه، ألا ترى أن الطلاق في الحيض لا يجوز، وهو إزالة ملك؟

ولأن[1] الطلاق اختص بوقت مخصوص. وجب أن يختص بلفظ مخصوص، وليس كذلك سائر الأملاك.

وقولهم: ولأن إيقاع الثلاث في كلمة واحدة، ليس فيه شيء أكثر من قطع الرجعة[2]، فليس كما زعموا؛ بل فيه مع قطع الرجعة حصول الندم الذي لا يمكنه تلافيه.

واستشهادهم بمسألة الخلع[3]، غير لازم، لأن طلاق الخلع لا يقطع المراجعة[4] والطلقة الثالثة ليست كإيقاع الثلاث في كلمة واحدة، وفيه[5] اختلافنا.

وقياسهم على الأربع نسوة، غير صحيح[6]، لأن الواقع على كل واحدة منهن طلقة، وليس كذلك الواحدة إذا طلقها ثلاثًا.

وقولهم: إن النكاح عقد مباح، فوجب أن يكون جميع ما يزيل النكاح

= حلية الفقهاء 172.

(1) في الأصل: ولا إن.

(2) الرجعة في الطلاق بكسر الراء وفتحها، هي: «رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها». شرح الحدود 199، وانظر: حلية الفقهاء 173، والطلبة 116، والمغرب 184، والأنيس 159، ولغة الفقهاء 220.

(3) الخلع: «عقد معاوضة على البضع تملك المرأة به نفسها، ويملك به الزوج العوض». شرح الحدود 188، وانظر: حلية الفقهاء 170، والطلبة 126، والتعريفات 101، والأنيس 161، ولغة الفقهاء 199.

(4) المراجعة: «إعادة المرأة المطلقة طلاقًا رجعيًا إلى عصمة الزوجية». لغة الفقهاء 420.

(5) في الأصل: أو فيه.

(6) هنا كلمتان زائدتان هما: ذلك العقد.

مباحًا غير مسلم، لأن النكاح عندنا مندوب إليه[1]؛ وقد يزيله الطلقة الواحدة، كطلاق[2] الخلع، وإنما الممنوع إزالته بالثلاث في كلمة واحدة، فصح ما قلناه.

* * *

---

(1) لأن حكم الشيء إنما يعتبر بأصله، لا بحسب عوارضه، وأصل النكاح أنه مندوب إليه. ن: قواعد المقري 87.

(2) في الأصل: بطلاق.

مسألة [26]:

[في حكم الكنايات في الطلاق]

الكنايات كلها بوائن[1] كقوله أنت خلية[2]، وبرية[3]، وبتة[4]، وبتلة[5]، وبائن[6]، وحرام[7]، وحبلك على[8] غاربك، على تفاصيل عرفت في المذهب[9]. وبه قال أبو حنيفة[10]، إلا قوله: اعتدي[11]، واستبرئي رحمك[12]، فإنها عنده واحدة[13].

---

(1) البوائن: «جمع بائن، وهي صفة الطالق أي المرأة، لا صفة الطلاق، وهو فعل الرجل». «وقول الفقهاء إن الكنايات بوائن عندنا (أي الأحناف)، رواجع عند الشافعي، فتلقيب المسألة بهذا غير منقول عن المتقدمين، وهو غير مستقيم في اللغة، والصحيح أن يقال: الكنايات مبينات عندنا رجعيات عنده». الطلبة 121.

(2) أنت خلية من كنايات الطلاق. ن: الطلبة 120، والمنتقى 4 / 11، ولغة الفقهاء 200.

(3) أنت برية: أي من الزوجية التي تملك بعقد النكاح. المنتقى 4 / 11.

(4) أنت بتة: من البت وهو القطع، أي مطلقة طلاقًا بائنًا قاطعًا لعصمة الزوجية. ن: الطلبة 120، والمغرب 33، ولغة الفقهاء 103.

(5) أنت بتلة: من بتل الشيء يبتله إذا قطعه، أي أنت مطلقة طلاقًا بائنًا تنقطع معه الرجعة. ن: لغة الفقهاء 103 - 104.

(6) أنت بائن: أي مطلقة طلاقًا بائنًا لا رجعة فيه، من البين، وهو الانفصال والبعد والفراق. ن: الطلبة 120، وحلية الفقهاء 172 - 173، ولغة الفقهاء 101.

(7) أنت حرام: من كنايات الطلاق، وهو يقتضي انقطاع العصمة، وتحريم الزوجية. ن: المنتقى 4 / 9.

(8) حبلك على غاربك: «أمرك بيدك، فاصنعي ما شئت فقد انقطع سبيلي من سبيلك». المنتقى 4 / 9.

(9) انظر: الإشراف 2 / 128 - 130، والمنتقى 4 / 7 - 16، والبداية 2 / 55 - 57.

(10) انظر: المبسوط 6 / 70 - 73، وتحفة الفقهاء 275.

(11) اعتدي: ادخلي في العدة، وهو كناية عن الطلاق.

(12) استبرئي رحمك: تعرفي براءة رحمك، أي طهارته من الماء، وهو كناية عن الاعتداد. ن: الطلبة 120.

(13) ومثلها قوله: أنت واحدة. ن: البدائع 3 / 111 - 112، ومسائل الخلاف 189 و: 1.

وقال الشافعي: الكنايات كلها رواجع، وسبيل[1]، فإن قال: أردت بها الطلاق صدق (ولم يلزمه شيء)[2] وإن قال: لم أرد طلاقًا صدق ولم يلزمه، وسوى كانت الزوجة مدخولاً بها أم لا.

والفرق بين الصريح والكنايات: هو أن الصريح ما إذا لفظ به، وقال: لم أرد به الطلاق لم يصدق، والكناية ما إذا لفظ به، وقال: لم أرد به طلاقًا، أو قال[3]: أردت به واحدة أو اثنتين صدق.

وليس الصريح عنده إلا ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح[4]. وما عدا ذلك فهو كناية.

وعندنا نحن الكنايات على ضربين: منها كنايات ظاهرة، تقوم مقام اللفظ الصريح، كقوله: أنت خلية، أو برية، وما أشبه ذلك مما تقدم ذكره، وهي في المدخول بها ثلاثًا، لا يقبل منه غير ذلك، وينوي في غير المدخول بها، وأما أنت طالق البتة، فهي ثلاث في المدخول بها وغير المدخول بها[5].

والضرب الثاني من الكنايات: ما لا يقوم مقام الصريح، كقوله: اعتدي، واستبرئي، فهذا وما كان من الكنايات [مثله][6]، يقبل منه ما أراد [به][7] من أعداد الطلاق، ويصدق فيه.

---

(1) انظر البدائع 3 / 111 - 112، وهو قول أبي بكر بن الجهم من المالكية. ن: مسائل الخلاف 189 و: 1.

(2) ما بين القوسين يحتمل أنه زائد.

(3) أو قال. في الأصل: وقال.

(4) انظر: المذهب 2 / 81، والمجموع 17 / 101.

(5) في المقدمات 463، والبداية 2 / 57: أنها ثلاث في المدخول به فقط، وفي الإشراف 2 / 129: أنه قد اختلف قول مالك فيها. وانظر: التفريع 2 / 74.

(6) تكملة يقتضيها السياق.

(7) تكملة يقتضيها السياق.

وقد قال ﷺ [هـ 157] لسودة[1] بنت زمعة: «اعتدي»[2]، ثم راجعها عليه السلام، وقوله: استبرئي رحمك، كقوله: اعتدي، سوى، لا فرق بينهما. هذه جملة تفاصيل هذه المسألة.

واحتج أصحاب الشافعي على أن هذه الكنايات لا يلزم بها إلا طلقة واحدة رجعية بحديث ركانة[3] أنه طلق امرأته البتة، فأحلفه النبي عليه السلام ما أراد إلا واحدة، فحلف، فردها عليه. ثم طلقها ثانية في زمان عمر، وثالثة في زمن عثمان رضي الله عنهما[4].

---

(1) هي سودة بنت زمعة بن قيس، القرشية، أول امرأة تزوجها رسول الله ﷺ بعد موت خديجة رضي الله عنها، تزوجها بمكة، فيها نزل قول الله عز وجل: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾ [النساء: 128] روى عنها ابن عباس وغيره توفيت سنة 54هـ على ما رجح الواقدي.

ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 53، والإصابة 12 / 323 - 324، والرياض 316 - 317.

(2) ذكره في البدائع 3 / 112 مرويًا عن جابر رضي الله عنه، من لفظ هذا نصه بتمامه: «أن رسول الله ﷺ قال لسودة: «اعتدي» فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها، حتى تحشر في جملة أزواجه، فراجعها، ورد عليها يومها».

(3) هو ركانة بن عبد يزيد بن هاشم المطلبي، من مسلمة الفتح، كان من أشد الناس، وهو الذي سأل رسول الله ﷺ أن يصارعه ـ وذلك قبل إسلامه ـ، ففعل، وصرعه الرسول ﷺ مرتين أو ثلاثًا، طلق امرأته سهيمة البتة. فسأله رسول الله ﷺ: ماذا أردت؟ يستخبره عن نيته في ذلك. فقال: أردت واحدة، فردها عليه النبي ﷺ على تطليقتين. توفي بالمدينة في خلافة معاوية سنة 42هـ.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 3 / 305 - 306، والإصابة 3/ 286 - 287.

(4) حديث ركانة هذا أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الطلاق باب في البتة، عن نافع بن عجير، بن عبد يزيد بن ركانة، من طريق أبي السرح، وإبراهيم بن خالد، والكلبي، وأبي ثور كلهم عن الإمام الشافعي ولفظه: «عن نافع بن عجير بن عبد يزيد بن ركانة أن ركانة بن عبد يزيد، طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك، وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردت إلا واحدة؟. فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ. وطلقها الثانية زمان عمر رضي الله عنه، والثالثة في زمان=

قالوا: ولأنه طلاق مجرد، صادف أعدادًا[1] قبل استيفاء العدد، فوجب أن يملك به الرجعة. أصله: ما إذا قال لها: أنت طالق.

قالوا: ولأن الصريح[2] آكد من الكناية، لأن الصريح لا يفتقر إلى النية والكناية تفتقر إلى النية، فلما لم يقطع الصريح الرجعة، كانت الكناية أولى[3] وأحرى.

ولأنه طلاق لو وقع بالصريح لم يقطع بالرجعة بإجماع، فإذا وقع بالكناية وجب ألا يقطعها. أصله: ما إذا قال لها: اعتدي، أو استبرئي رحمك.

والدليل على صحة ما قلناه: ما رواه عبد الله[4] بن أبي سلمة عن مخرمة[5] بن بكير عن أبيه قال: سأل رجل رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني طلقت امرأتي البتة، فغضب رسول الله ﷺ، ثم قال له عليه السلام: «هو ثلاث تطليقات»[6]، ولم يسأله عليه السلام عن النية، وهذا نص في

= عثمان رضي الله عنه.

انظر: المعالم 3 / 247، وقال في التعليق المغني بهامش سنن الدارقطني 4 / 33: «ورواه الشافعي، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة، وابن حبان، والحاكم، وأعله البخاري بالاضطراب. . .»، وقال في المعالم3 / 238: «وكان أحمد بن حنبل يضعف طرق هذا الحديث كلها».

(1) في الأصل: أعداد.

(2) الصريح: «اسم لكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال، حقيقة كان أو مجازًا. . . وحكمه: ثبوت موجبه من غير حاجة إلى النية». التعريفات 133.

(3) في الأصل: أولا.

(4) هو عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التميمي، روى عن ابن عمر وعائشة، وأم سلمة: قال أبو الحجاج: ما أظن أدركهما، وعن عروة، والنعمان بن أبي عياش، وروى عنه أبو الزبير وبكير بن الأشج. وثقه النسائي. مات سنة 106هـ. الخلاصة 200.

(5) هو مخرمة بن بكير بن عبد الله بن الأشج المخزومي أبو المسور. روى عن عامر بن عبد الله وعنه ابن وهب، والقعنبي. قال أبو داود: لم يسمع منه إلا حديث الوتر. قال أحمد بن صالح: ثقة. قيل: مات 159هـ. الخلاصة 371.

(6) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في سنن النسائي من حديث محمود بن لبيد بلفظ هذا نصه: =

موضع الخلاف.

وروي عن علي كرم الله وجهه أنه قال: «إن النبي ﷺ قال: «من طلق امرأته البتة، فقد اتخذ آيات الله هزوًا، وألزمناه ثلاثًا، ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره»[1].

ولأن قوله: أنت خلية، وأنت برية، أو بائن، إيقاع للطلاق[2] بهذه الصفات، فكأنه قال: أنت طالق ثلاثًا تبينين به مني، وتنبت[3] به العصمة بيني وبينك، وأخلو به من زوجيتك، ويبرأ به كل واحد منا من صاحبه، وهذا لا يكون في المدخول بها إلا ثلاثًا، لأن الطلاق الرجعي ليس هذه صفته، ولا هذه ألفاظه، فبطل ما قالوه.

ويدل على صحة هذا أيضًا، أنه لو قال لها: أنت طالق ثلاثًا، وقال: أردت واحدة، لم يصدق.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث ركانة، غير صحيح، وإن صح فهو معارض بحديث مخرمة بن بكير، وبحديث علي.

وقولهم: صادف أعدادًا[4] قبل استيفاء العدد، فوجب أن يملك به الرجعة[5]، أصله: ما إذا قال لها: أنت طالق، غير مسلم، لأنه عندنا قد

= «أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا، فقام غضبان، ثم قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ حتى قام رجل فقال: يا رسول الله، ألا أقتله؟»». قال في المجموع 17 / 85، 122 - 123: قال ابن كثير: «إسناده جيد...».

(1) أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 20 عن علي كرم الله وجهه بلفظ قريب هذا نصه: «سمع النبي ﷺ رجلاً طلق البتة، فغضب، وقال: «تتخذون آيات الله هزوًا، أو دين الله هزوًا، ولعبًا. من طلق البتة ألزمناه ثلاثًا، لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره...» ثم قال: «إسماعيل ابن أمية (رجل في سنده) هذا، كوفي ضعيف الحديث».

(2) في الأصل: الطلاق.

(3) في الأصل: تتبت. وتنبت: تنقطع.

(4) في الأصل: أعداد.

(5) بناء على أصلهم، وهو: «أن إزالة الملك بعد الدخول غير مملوك للزوج إلا باشتراط البدل، أو باستيفاء العدد». «لأن خيار الرجعة بعد إيقاع الطلاق ثابت شرعًا في العدة، لا بإيجاب=

استوفى[1] العدد، لأن ذلك كناية عن الثلاث.

وقولهم: إن الصريح آكد من الكناية صحيح، ولكن صريح هذه الكنايات عندنا هو الطلاق الثلاث، وهذا هو الجواب عن بقية كلامهم في هذا الفصل.

وأما قولهم في أول المسألة: إن الصريح هو: الطلاق والفراق والسراح، فليس كما زعموا في الفراق والسراح لأنها[2] ألفاظ محتملة صالحة للطلاق وغيره، وليس الصريح عندنا وعند أبي حنيفة إلا لفظ الطلاق وحده، وما اشتق منه. والله أعلم.

* * *

= من الزوج، فلا تصرف به في إسقاطه شرعًا، وفي وصف التطليقة بالبينونة إسقاط خيار الرجعة». انظر: المبسوط 6 / 73 - 74.

(1) في الأصل: استوفا.

(2) في الأصل: ولأنها.

مسألة [27]:

[في: من قال: أنت طالق لزوجته، ونوى أكثر من واحدة]

إذا قال لزوجته: أنت طالق، فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك، فيلزمه ما نوى، من واحدة، أو اثنتين، أو ثلاثة، لأن لفظة[1] طالق صالحة للواحدة، أو للاثنتين، أو للثلاثة[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال **أبو حنيفة**: لا يلزمه أكثر من طلقة واحدة رجعية، ونيته باطلة[4]،[5] ووافقنا في ثلاثة أسئلة[6].

أحدها: إذا قال لها طلقي نفسك، فقالت: أنا منك طالق، وقالت[7] أردت الثلاث، فإنها عندنا وعنده ثلاث[8].

---

(1) في الأصل: لفظ.

(2) قال في الإشراف 2 / 127: «إذا قال لها أنت طالق، ونوى ثلاثًا كانت ثلاثًا، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: تكون واحدة». وانظر أيضًا: البداية 2 / 56، ومسائل الخلاف 191 و: 1.

(3) قال في المهذب 2 / 84: «إذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق. كقوله: أنت طالق، أو بائن، أو بتة، أو ما أشبهها، ونوى طلقتين أو ثلاثًا وقع»، وانظر: المجموع 17 / 123.

(4) في الأصل: باطل.

(5) قال في المبسوط 6 / 76: «ولو نوى بقوله أنت طالق، ثلاثًا أو اثنين، لا تعمل نيته عندنا، ولا يقع عليها إلا واحدة رجعية، وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى، يقع ما نوى، وهو قول أبي حنيفة الأول...»، وقال في البدائع 3 / 102 - 103: «ولو قال لامرأته: أنت طالق، ونوى بها الإبانة، فقد لغت نيته، لأنه نوى تغيير الشرع، لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة، فإن نوى إبانتها للحال معجلاً، فقد نوى تغيير الشرع، وليس له هذه الولاية، فبطلت نيته، وإن نوى ثلاثًا لغت نيته أيضًا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة، أنه تصح نيته، وبه أخذ الشافعي». وانظر: تحفة الفقهاء 2 / 259.

(6) في الأصل: أسولة، والأسئلة هنا: المسائل والقضايا الخلافية.

(7) في الأصل: وقالت.

(8) قال في البدائع 3 / 104: «ولو قال لامرأته: طلقي نفسك، ونوى به الثلاث صحت نيته، حتى لو قالت طلقت نفسي ثلاثًا، كان ثلاثًا...»، وانظر: تحفة الفقهاء 2 / 287.

والثاني[1]: إذا قال لها: أنت الطلاق، وقال: أردت واحدة، أو اثنين، أو ثلاثًا، فإنه يقبل منه[2].

والثالث: إذا قال لها: أنت بائن، وقال: أردت الثلاث، أو ما دون ذلك، فإنه يلزمه ما نوى[3][4].

واحتج أصحابه فقالوا: لفظة طالق لا تتضمن[5] عددًا، ولا ينوى بها[6] فلم يقع بها الطلاق الثلاث، أصله: ما إذا قال لها: أنت واحدة[7] ثلاثًا.

قالوا: وقوله لها: أنت طالق، وصف لها[8] بالطلاق، والصفات لا تتضمن عددًا، كقوله لها: أنت [قائمة][9] أو قاعدة.

قالوا: وبهذا فارق قوله: أنت طالق، قوله لها: أنت الطلاق، لأن الطلاق مصدر طلق يطلق، فالمصدر يقع على الأعداد الكثيرة والقليلة.

قالوا: وكذلك قوله: قد طلقتك، اسم[10] فعل، والفعل يتضمن عددًا.

قالوا: ولأن قوله: أنت طالق، صريح الطلاق، والنية لا تعمل في الصريح، وإنما تعمل في الكنايات.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن لفظ الطلاق لفظ تملك به المرأة

---

(1) في الأصل: والثانية.

(2) قال في المبسوط 6 / 77: «وتصح نية الثلاث في قوله: الطلاق، لأنه من أسماء الأجناس، وكذلك قوله: أنت الطلاق، فمعناه: أنت طالق الطلاق، حتى تسع فيه نية الثلاث».

(3) في الأصل: نوا.

(4) قال في المبسوط 6 / 72 - 73: «ولو قال: أنت مني بائن، أو بتة أو خلية، أو برية، فإن لم ينو الطلاق، لا يقع الطلاق، لأنه تكلم بكلام محتمل، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى: إن نوى ثلاثًا فثلاث، لأنه نوى أتم أنواع البينونة».

(5) في الأصل: يتضمن.

(6) في الأصل: به.

(7) في الأصل: واحد.

(8) في الأصل: بها.

(9) تكملة يقتضيها السياق.

(10) هكذا في الأصل، ولعله زائد.

إيقاع الطلاق الثلاث، إذا جعل ذلك إليها، فوجب أن يملك به الزوج الثلاث كما ملكته المرأة. أصله: قوله لها: أنت الطلاق، أو أنت بائن.

ولأن كل لفظ صح استعماله في الطلقة الواحدة، صح استعماله في الثلاث، أصله [هـ 158]: قوله لها أنت خلية، أو برية، أو بائن، أو حرام.

وحرف الجدل[1] عليهم في هذه المسألة، هو اتفاقنا نحن وإياهم على أنه لو قال لها: أنت طالق ثلاثًا للزمه الثلاث، وإذا لزمه ذلك لم يخل قوله: ثلاثًا من أحد أمرين:

إما أن يكون تفسيرًا لقوله: أنت طالق، أو يكون كلامًا مبتدأ، فإن كان تفسيرًا صح أن اللفظ متناول له، والنية عاملة فيه، لأن النية عاملة فيما يتناوله اللفظ من قبل هذا. وإن كان كلامًا مبتدأ فكذلك باطل من وجهين.

أحدهما: إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثًا، يجب ألا يقع عليها[2] إلا واحدة، إن تنفس [عند][3] فراغه من قوله: أنت طالق، وبانت[4] منه، ويكون قوله: ثلاثًا، كلامًا[5] لا تأثير له، وقد أجمعنا أن الثلاث واقعة عليها.

ولأن قوله ثلاثًا، نصب على التمييز، مع كونه نعتًا لمصدر محذوف، تقديره[6]: أنت طالق طلاقًا ثالثًا.

والثاني: أنه لو كان كلامًا مبتدأ، لكان مستقلاً بنفسه، أو معطوفًا على ما تقدمه، وليس هو مستقلاً بنفسه بإجماع منا ومنهم، ومحال أن يكون معطوفًا،

---

(1) الجدل: هو دفع المرء خصمه عن إفساد قوله بحجة أو شبهة، وهو أيضًا القياس المؤلف من المشهورات والمسلمات، والغرض منه: إلزام الخصم، وإفحام من هو قاصر عن إدراك مقدمات البرهان». ن: حلية الفقهاء 24، والتعريفات 74، ولعل المراد بقوله: وحرف الجدل: والقول الفصل القاطع.

(2) في الأصل: عليه، والصواب ما أثبتناه.

(3) تكملة يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: بانت.

(5) في الأصل: كلام.

(6) في الأصل: تقدير.

لأن المعطوف يحتاج إلى عامل عطف.

وإذا بطلت هذه الوجوه كلها، صح أن قوله: ثلاثًا، تفسير، وفي اتفاقنا أنه تفسير، دليل على فساد ما اعتمدوه.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن لفظ طالق، لا يتضمن عددًا، باطل بأنه لو كان لا يتضمن عددًا ـ كما زعموا ـ، لم يجز تفسيره بالثلاث.

وقوله: أصله: ما إذا قال لها: أنت واحدة ثلاثًا، غير لازم، لأنها عندنا تطلق ثلاثًا.

وقولهم: إن لفظة أنت طالق، صفة الطلاق[1] والصفات لا تتضمن عددًا، كقوله: أنت قائمة أو قاعدة، غلط. وذلك أن طالقًا[2] اسم فاعل، مثل: ضارب، وقاتل، وهذا يجري مجرى فعل المضارع في التعدي، ويصلح أن يراد به ما يراد بفعله.

وعلى أنهم ينتقض[3] عليهم، بقوله لها: أنت بائن، لأنه وصف لها بالبينونة، ومقتضاه عندنا وعندهم الثلاث. فصح ما قلناه.

* * *

(1) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: وصف لها بالطلاق، كما تقدم في أول المسألة.

(2) في الأصل: طالق.

(3) النقض: «وجود العلة وعدم الحكم، ومعنى ذلك أن يدعي القائس ثبوت الحكم لثبوت علة من العلل، فتوجد العلة مع عدم الحكم، فيكون نقضًا لها، ومبطلاً لدعوى من ادعى أنها جالبة للحكم». الحدود 76 - 77. ووجه انتقاض قول الأحناف هنا هو أنهم منعوا وقوع الطلاق ثلاثًا بلفظة أنت طالق، معللين هذا المنع بأن لفظ طالق: وصف للمرأة بالطلاق، والصفات لا تتضمن عددًا، ثم أجازوا أن يقع الطلاق ثلاثًا بلفظ: أنت بائن، مع أن لفظة بائن هي أيضًا وصف للمرأة بالبينونة، والصفات لا تتضمن عددًا كما قالوا. فقد وجد ما عللوا به، وتخلف الحكم. وهذا هو النقض كما سبق بيانه.

مسألة [28]:

[في من قال لامرأته: يدك، أو رجلك طالق، هل يقع عليها الطلاق أم لا؟]

إذا قال لامرأته: يدك طالق، أو رجلك طالق، وقع الطلاق عليها جميعها[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال أبو حنيفة: لا يقع عليها طلاق، ولا يلزمه في ذلك شيء[3].

واحتج أصحابه، فقالوا: اليد والرجل، وما أشبههما، ليس محلاً للطلاق فكانت الإضافة إلى ذلك غير عاملة، كسائر ما يضاف إلى غير محله.

قالوا: «ولأن إضافة الطلاق محل وقوع الطلاق، فلا يكون محل إضافة الطلاق»[4].

والدليل على أنها ليست بمحل وقوع الطلاق، أنها ليست بمحل لوقوع النكاح، والطلاق تبع، واليد ليست محل وقوع الطلاق، ولا محلا للنكاح للمحلية[5]، فما لا يكون محلاً للنكاح، لا يكون محلاً للطلاق.

ومجموع كلامهم وعمدته: هو أن محل الطلاق عين[6] المرأة ونفسها وذاتها، دون جزء من أجزائها، واحتجوا لذلك[7] بقوله عز وجل: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1]، وبقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن

---

(1) قال في الإشراف 2 / 132: «إذا قال: يدك، أو رجلك، أو شعرك طلاق، طلقت»، وانظر: مسائل الخلاف 193 و: 1.

(2) قال في المهذب 2 / 89: «وتصح إضافة الطلاق إلى جزء من المرأة كالثلث والربع، واليد والشعر، لأنه لا يتبعض...».

(3) قال في المبسوط 6 / 89: «وأما إذا قال: يدك طالق، أو وجهك طالق، أو أصبعك طالق، لا يقع شيء عندنا...». وانظر: إيثار الإنصاف 152.

(4) هكذا في الأصل، ولا معنى له، ولم أهتد إلى إقامته، ويحتمل أنه زائد.

(5) هكذا في الأصل، ولعلها زائدة لإمكان استقامة الكلام بدونها.

(6) في الأصل: غير.

(7) في الأصل: بذلك.

﴿تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: 237]، وهذه إشارة من الله إلى جميع ذات المطلقة، دون جزء من أجزائها.

قالوا: فإذا قال لها: أنت طالق، فإنما[1] أضاف الطلاق إلى بدنها، ويدها تابعة لبدنها، وحد التابع: ما لا يقوم بنفسه: وإنما يقوم بغيره، واليد تابعة للبدن لا محالة، لأنها لا تقوم بنفسها، وإنما تقوم بالبدن، ولأنه يوجد بدن بغير يد، ولا يوجد يد بغير بدن.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن اليد محل للنكاح، فوجب أن تكون[2] محلاً للطلاق. دليله: الوجه والرأس[3].

لأن المرأة محل للنكاح، واليد جزء منها، والجزء من الشيء محل يضاف إلى ذلك الشيء، ألا ترى أن الجزء من الثوب المبيع محل البيع، أنه جزء منه؛ إذ الثوب محل للبيع؟

ولأن البعض في محل الطلاق، كالبعض في الطلاق، ثم إن بعض الطلاق جعل في الوقوع كلا، فوجب أن يجعل الموقوع عليه الطلاق كلاً في محليه ولا فرق.

فإذا ثبت هذا، فما ذكرناه[4] هو الجواب عن نفيهم المحلية، فلا نحتاج تكريره، وتتبع ألفاظه.

واعتراضهم بفصل النكاح، وأن ما [لا][5] يكون محلاً للنكاح، لا يكون محلاً للطلاق، فالجواب عنه هو أن النكاح، لم يبن على الغلبة وسرعة الوقوع، فإذا أضيف النكاح إلى جزء من المحل، لم ينعقد مضافًا إلى جميع المحل، فأما الطلاق فهو مبني على الغلبة، وسرعة الوقوع، فإذا أضيف إلى بعض محله، كان البعض منه بمنزلة الكل، والله أعلم.

---

(1) في الأصل: قايما.

(2) في الأصل: يكون.

(3) لأن الأحناف يسلمون بأنه إذا قال لها: وجهك طالق، أو رأسك طالق، أو فرجك طالق، أو عنقك طالق، أو رقبتك طالق، وقع الطلاق عليها جميعًا، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن في كلام العرب، وألفاظ الشرع. ن: المبسوط 6 / 89، وإيثار الإنصاف 152.

(4) في الأصل: ذكروه.

(5) تكملة لازمة.

مسألة [29]:

[في حكم من قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق]

إذا قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، لزمه ذلك. فإن تزوجها يومًا طلقت عليه[(1)]. **وبه قال أبو حنيفة**[(2)].

وقال الشافعي: لا يلزمه شيء من ذلك، ويتزوجها إن شاء[(3)].

واحتج أصحابه بحديث معاذ[(4)] بن جبل، أن النبي ﷺ، أنه قال: «لا طلاق قبل نكاح، ولا نذر فيما لا يملك ابن آدم»[(5)].

قالوا: وروي أن عبد[(6)] الله بن عمر أراد أن يتزوج امرأة فاشتقوا عليه في

---

(1) قال في إيثار الإنصاف 157: «. . . وقال مالك: إن خص (أي امرأة بعينها) صح، وإن عم لم يصح، وهو قول ابن أبي ليلى»، وانظر: تحفة الفقهاء 2 / 294، وقال في مسائل الخلاف 187 و: 1: «تعليق الطلاق بالملك باطل عندنا، وكذلك تعليق العتاق. . .».

(2) قال في تحفة الفقهاء 2 / 294: «وأما التعليق بالملك، بأن قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، فإنه يصح عندنا، وعند الشافعي لا يصح، وكذلك إن قال: كل امرأة أتزوجها، فهي طالق. وقال مالك: إن عم لا يجوز، وإن خص جاز».

(3) قال في إيثار الإنصاف 156: «يصح تعليق الطلاق والعتاق بالملك، وهو قول عمر، وابن مسعود، وابن عمر، والزهري، وابن المسيب، والنخعي، والشعبي، ومكحول، وسالم بن عبد الله، وآخرين رضي الله عنهم، وقال الشافعي وأحمد: لا يصح. .».

(4) هو أبو عبد الرحمٰن معاذ بن جبل بن عمرو الخزرجي. قال عمر رضي الله عنه فيه: «من أراد أن يسأل عن الفقه، فليأت معاذ بن جبل»، خرج له الجماعة، مات بناحية الأردن في طاعون عمواس سنة 18 أو 19هـ، عن 33 سنة.

ترجمته في: طبقات الشيرازي 45، وصفوة الصفوة 1 / 489، والخلاصة 379 - 380، والرياض 250.

(5) أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 14، في كتاب الطلاق، وليس فيه «ابن آدم»، قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 14: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك» ورجاله ثقات إلا أنه منقطع بين طاوس ومعاذ. قال الحافظ: وقال في التنقيح: لا بأس بروايته؛ غير أن طاوس عن معاذ منقطع».

(6) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: عبد الله بن عمرو، كما وردت بذلك روايات حديثه. ن:=

صداقها، فقال: «إن تزوجتها فهي طالق»، فرفع ذلك إلى النبي عليه السلام فقال: «لا طلاق قبل نكاح»[1].

قالوا: ولأن يمينه بالطلاق قبل النكاح، عقد للطلاق قبل النكاح، والطلاق لا يسبق النكاح. دليله: ما لو قال لها ابتداء: أنت طالق، فإن الطلاق لا يلزمه، ولا ينعقد عليه بإجماع.

قالوا: ولأن الله عز وجل قال: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49]، فأعقب جل وعز النكاح بذكر الطلاق بحرف ثم، وثم في لسان العرب للتعقيب والمهلة، فدل ذلك على أنه إذا سبق الطلاق النكاح لم يصح، ولم يلزم.

قالوا: ولأن الطلاق لو لزم، لم يخل من أحد ثلاثة أقسام:

إما أن يقدر وقوعه قبل انعقاد النكاح، فإن قدر كذلك فهو مستحيل، لأن الطلاق حل، والنكاح عقد، ويستحيل أن يحل الشيء قبل عقده.

أو يقدر وقوعه مقارنًا للعقد من غير تراخ[2] ولا فصل، وذلك أيضًا[3] مستحيل، لأن الشيء الواحد لا ينعقد وينحل معًا في وقت واحد.

أو يقدر وقوعه بعد انعقاد النكاح بزمان ما، وإن قل، وهذا أيضًا مستحيل، لأن النكاح قد صح انعقاده، والطلاق قد كان سابقًا له، فلم يؤثر فيه شيئًا.

قالوا: ولأن الفرج الذي [لا][4] يستباح بعقد النكاح، لا ينعقد عليه

= البيهقي كتاب الخلع والطلاق باب الطلاق قبل النكاح، والمبسوط 6 / 97، وإيثار الإنصاف 158.

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة الأحزاب، باب شواهد حديث: «لا طلاق إلا بعد نكاح» عن جابر رضي الله عنه، وبنحوه أخرجه الدراقطني في سننه 4 / 14 - 15 في كتاب الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه البيهقي عنه أيضًا في كتاب الخلع والطلاق، باب الطلاق قبل النكاح.

(2) في الأصل: نزح.

(3) في الأصل: أيضى.

(4) تكملة لازمة.

النكاح. دليله: الأم، والأخت، وذوات المحارم، وإذا كان الطلاق سابقًا للنكاح، استحال عقد النكاح على فرج لا يحل استباحته في أصل الشرع، وإذا استحال، فكيف يلزم الطلاق في نكاح لم يصح انعقاده.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، وهذا قد عقد على نفسه عقدًا، فيجب عليه الوفاء به.

ولأن من ملك العصمة، ملك الطلاق إجماعًا، فإذا أضاف الطلاق إلى حالة يملك فيها العصمة، وعلقه بها، وجب عليه الطلاق متى وجدت تلك[1] الصفة.

ولأنه عقد على نفسه يمينًا، فوجب أن يلزمه ما ألزم به نفسه، وليس من شرط صحة هذا العقد اللازم له، وجود ملك النكاح [قبل][2] عقد اليمين. دليله: اليمين بالله عز وجل، وهذا وصف مسلم بإجماع منا ومنهم، وذلك أن اليمين بالله عز وجل، يمين قسم. وقوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق يمين شرط وجزاء: أما الشرط، فقوله: إن تزوجت، وأما الجزاء، فقوله: فهي طالق، وإن صح الشرط والجزاء، لزم الطلاق قطعًا، لغة وشرعًا.

وإذا حلف بالله لا يدخل هذه الدار، وحلف بطلاق هذه المرأة إن تزوجها[3]، فهو إنما ألزم نفسه ألا يدخل الدار، وألا يتزوج هذه المرأة، فصارت نفسه محل انعقاد اليمين، وليس محل انعقادها الدار والمرأة؛ بل لا محل ليمينه إلا نفسه، بدليل أنه يقدر على منع نفسه من الفعل المحلوف عليه، فإذا كانت نفسه محلاً لليمين، وهو من أهل اليمين، انعقدت[4] عليه هذه اليمين قطعًا.

ولأنه تصرف من أهله في محله، فصح منه كسائر التصرفات، ولأن نفسه

---

(1) في الأصل: ذلك.
(2) تكملة لازمة.
(3) في الأصل: تزوجتها.
(4) في الأصل: انعقت.

لما كانت محلاً لليمين، لم يجز أن يكون[1] سببًا للطلاق.

ولأن الطلاق إنما محله المرأة، فإذا لم يقع الحنث باليمين الآن، صارت اليمين سببًا للوقوع متى وجد الشرط الذي علق به اليمين، كاليمين بالله عز وجل إذا حنث فيها تصير سببًا للكفارة.

وهذا إن شاء الله كلام وجيز في غاية القوة، وقد تضمن الجواب عن جميع كلامهم إن شاء الله، فأغنى عن تتبع مناقضة[2] الألفاظ.

وأما حديث معاذ وابن عمر، فهي أخبار آحاد[3]، وهي معارضة بنص قوله عز وجل: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1][4]، وبقوله: ﴿يُوفُونَ بِٱلنَّذْرِ﴾ [الإنسان: 7]، فمدحهم الحق سبحانه على الوفاء بعقد النذر[5].

ولأن من أصل مذهبنا جواز تقديم القياس على خبر الواحد في كثير من المواضع[6]، على ما علم في بسط مسائل الفروع. والله أعلم.

---

(1) في الأصل: يكن.

(2) في الأصل: مناقصه.

(3) خبر الواحد هو: «ما لا ينتهي من الأخبار إلى حد التواتر المفيد للعلم، فما نقله جماعة من خمسة أو ستة مثلاً. فهو خبر الواحد». المستصفى 1 / 145.

(4) والعقود: هي العهود. ن: أحكام القرآن 2 / 524.

(5) النذر هو: «إيجاب امرئ على نفسه لله تعالى أمرًا» شرح الحدود 138، وانظر: التعريفات 240، والأنيس 301، ولغة الفقهاء 477.

(6) يقول الدكتور محمد حسن هيتو: «يكاد يكون من المتفق عليه بين الأصوليين نقل هذا المذهب (أي تقديم القياس على خبر الواحد) عن الإمام مالك رضي الله عنه وأرضاه، فقد نقله الآمدي في الإحكام 2 / 107، ومنتهى السول 1 / 89، وابن الحاجب في المنتهى ص 63، والمختصر 2 / 73، عن شرح العضد، وأبو الحسين البصري في المعتمد 2 / 655، وابن الهمام في التحرير 3 / 161 من تيسير التحرير، وابن السبكي في الإبهاج 2 / 214، وجمع الجوامع 2 / 116 عن حاشية العطار، والقرافي في تنقيح الفصول ص 66، والبخاري في الكشف 2 / 378، والتوضيح 2 / 251.

ولكن الإمام السبكي نقل في رفع الحاجب 1 / ق 282 ـ أ عن ابن السمعاني أنه قال بعد عزو هذا القول لمالك: «وهذا القول بإطلاقه سمج مستقبح عظيم، وأنا أجل منزلة مالك=

= عنه»، قال ابن السبكي: قلت: ويؤيده نقل القاضي عبد الوهاب المالكي في الملخص أن متقدميهم على ما رأيناه من تقديم الخبر. فإنه يقدح في صحة المنقول عن مالك». ن: تبصرة الشيرازي 316، هامش 2.

وقد علل القرافي تقديم القياس على الخبر بأن «الخبر إنما ورد لتحصيل الحكم، والقياس متضمن للحكمة، فيقدم على الخبر». ن: نشر البنود 1 / 109، والذي عند الباجي في المنهاج 88 - 89، والقاضي عياض في ترتيب المدارك 1 / 88، وهما من شيوخ المالكية، أن الخبر مقدم على القياس، لأن الصحابة الذين بإجماعهم ثبت لنا القياس، كانوا إذا ظفروا بالخبر تركوا القياس، ورأوا الخبر مقدمًا عليه.

مسألة [30]:

[في حكم طلاق المكره]

طلاق المكره غير واقع[1]، وكذلك إعتاقه[2]، **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يقع ذلك ويلزم[4].

واحتج أصحابه فقالوا: طلاق[5] من أهله، مضاف إلى محله، فوجب أن يقع طلاقه. دليله: غير المكره.

قالوا: ولأنه لو زنا مكرهًا لوجب عليه الحد، ولو أحدث مكرهًا لانتقضت طهارته، فكذلك طلاقه، ولا فرق.

قالوا: فإذا صحت الأهلية، صح التكليف، ولزم[6] الطلاق.

---

(1) قال في الإشراف 2 / 131: «طلاق المكره غير واقع»، وقال في البداية 2 / 61: «فأما طلاق المكره، فهو غير واقع عند مالك، والشافعي، وأحمد، وداود، وجماعة، وبه قال عبد الله بن عمر، وابن الزبير، وعمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن عباس. . .». .

(2) قال في المدونة 2 / 391: «قلت أرأيت المستكره أيجوز عتقه في قول مالك؟ قال: لا . . قال مالك: لا يجوز على المستكره شيء من الأشياء، لا عتق، ولا طلاق، ولا نكاح، ولا بيع، ولا شراء. .».

(3) قال في المجموع 17 / 66: «فإن أكره على الطلاق فطلق، فإن كان مكرهًا بحكم قضائي، وقع الطلاق، كما نقول في الحربي إذا أكره على كلمة التوحيد، وإن كان مكرهًا بغير حق، ولم ينو إيقاع الطلاق، فالمنصوص ألا يقع طلاقه. . . وبه قال عمر، وعلي وابن الزبير، وابن عمر، وشريح، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومجاهد، وطاوس، ومالك، والأوزاعي.

(4) قال في البدائع 3 / 100: «وأما كون الزوج طائعًا، فليس بشرط عند أصحابنا، وعند الشافعي شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا، وعنده لا يقع»، وانظر: إيثار الإنصاف 377.

(5) في الأصل: صلاق.

(6) في الأصل: لزم.

قالوا: ولأنه لو أكره على إتلاف مال الغير، لأبيح له ذلك، وكذلك لو أكره على أكل الميتة، أو الدم، أو لحم الخنزير، فإنه يباح له ذلك، وكذلك لو أكره على كلمة الكفر، لكن قلبه يكون مطمئنًا بالإيمان. قالوا: ولو أكره على القتل[هـ 160] لكان القتل محرمًا.

قالوا: وغاية ما في هذا أن يكون المكره آلة للمكره، خصوصًا إذا كان الفعل محسوسًا، مثل الضرب، والقتل، واستهلاك الأموال، وما أشبه ذلك.

ألا ترى أن السيف القاطع آلة للضرب به، والسيف هو القاطع حسًا؟ وكذلك ما ألقي في النار فأحرقته، فهي آلة لغيرها، وهي المحرقة حسًا.

وأما الطلاق والعتاق[1]، فينصرفان إلى القول، والقول كلام، ولا يتصور أن يكون اللسان آلة المكره: إذ التكلم بلسان الغير محال، والمحال لا يتصور حقيقة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»[2]، وقوله ﷺ: «لا طلاق في إغلاق»[3]، قال أبو

---

(1) العتاق: الحرية. تهذيب الأسماء واللغات / عتق.

(2) قال في المجموع 17 / 66: «أخرجه ابن ماجة، وابن حبان، والدارقطني، والطبراني، والحاكم في المستدرك، من حديث ابن عباس بهذا اللفظ...: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»، وقال في نصب الراية 2 / 64: «وهذا لا يوجد بهذا اللفظ وإن كان الفقهاء لا يذكرونه إلا بهذا اللفظ»، ثم قال: «وأكثر ما يروى بلفظ: «إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان» هكذا روي من حديث ابن عباس، وأبي ذر، وثوبان، وأبي الدرداء، وابن عمر، وأبي بكرة».

(3) أخرجه أبو داود في «الطلاق في غيظ»، وابن ماجة في باب طلاق المكره والناسي، والحاكم في مستدركه باب لا طلاق ولا عتاق في إغلاق، وقال: على شرط مسلم، كلهم في كتاب الطلاق، وعن عائشة رضي الله عنها، وبلفظ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق». ن: نصب الراية 3 / 223، وهامش 1.

عبيدة[1]: «الإغلاق طلاق المكره»[2].

ولأن المغلوب على عقله، لا يلزم طلاقه بإجماع منا ومنهم، فوجب أن يكون المكره مثله، والعلة الجامعة بينهما هي: أن هذا مغلوب بالمرض، وهذا مغلوب بالإكراه.

ولأن بيعه وشراءه[3]، ورهنه وسائر عقوده، غير لازمة له بإجماع، فوجب أن يكون طلاقه كذلك.

ولأنه لفظ حمل المتلفظ به عليه، على وجه الإكراه بغير حق وجب عليه، فلم يلزمه طلاق، دليله: ما لو أكره على كلمة الكفر.

ولأنه لو أكره على الإقرار بالطلاق، فأقر به، لم يلزم إقراره بإجماع منا ومنهم، فكذلك لو أكره على إيقاعه، ألا ترى أن السكران، لما لزمه الطلاق بإيقاعه، لزمه بإقراره؟

ولأن الطلاق حق للزوج، لأنه المالك للعصمة، فلا يسقط إلا برضاه. دليله: سائر حقوقه، وذلك أن حقوق الناس محترمة، باحترام الشرع، محفوظة بحفظه، ومن حق احترامها وحفظها، ألا تسقط[4] إلا برضى[5] صاحبها.

---

(1) هو أبو عبيدة معمر بن المثنى اللغوي البصري، أخذ عن يونس، وأبي عمرو، وأخذ عنه أبو عبيد، وأبو حاتم، والأثرم، وغيرهم. كان أعلم من الأصمعي وأبي زيد بالأنساب والأيام، أول من صنف غريب الحديث من مؤلفاته: المجاز في غريب القرآن، الأمثال في غريب الحديث، أيام العرب، معاني القرآن، طبقات الفرسان، نقائض جرير والفرزدق، وغير ذلك. توفي سنة 209هـ وقيل 210هـ، وقيل 211، وقيل غير ذلك. ن: ترجمته في بغية الوعاة 2 / 294 - 296.

(2) لم أقف على هذه المقولة. وفي القاموس: فصل الغين باب القاف، واللسان / غلق: الإغلاق الإكراه. وقال في إيثار الإنصاف 378: «قال ابن قتيبة: الإغلاق الإكراه على الطلاق، والعتاق، من أغلقت الباب على المكره حتى يفعل، وكذا فسره أبو عبيد».

(3) في الأصل: شراؤه.

(4) في الأصل: يسقط.

(5) في الأصل: يرضا.

واعتمد من وافقنا في هذه المسألة من أصحاب الشافعي، على فصل[1] عدم القصد من المكره في الطلاق، ومع عدم القصد لا يلزم الطلاق، لأنه لم يقصده، وإنما قصد إلى دفع شر من أكرهه، ودافع الشر عن نفسه، ليس بمطلق.

والدليل على أن القصد شرط في صحة وقوع الطلاق، أنه التزام[2] حكم مشروع، والقصد ركن في التزام الأحكام، لأنه لا يتصور التزام من غير قصد.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قولهم: طلاق صدر من أهله، مضاف إلى محله، فوجب أن يقع. دليله: ما إذا كان هازلاً أو طائعًا، منتقض عليهم بالنائم، والصبي، فإنهما من أهل الطلاق، فأما النائم، فهو أن يوكل رجلاً على طلاق فيطلقها الوكيل في حال نوم الزوج الذي وكله، وأما الصبي، فإن كان مجنونًا، فإن الحاكم يطلق عليه.

وقولهم: ولأنه مكلف لفظ بالطلاق مع قصده إليه، فوجب أن يقع طلاقه. دليله: غير المكره، غير لازم، لأن هذا المكره ما لفظ بالطلاق، وهو ينويه ويقصده، وإنما أكره على الطلاق من غير قصد كان منه إليه، ولو كان قاصدًا إلى إيقاعه لم يختلف في وقوعه[3].

وقولهم: لو زنا مكرهًا، لوجب عليه الحد، فكذلك نقول: إنه يجب عليه الحد، وإنما يجب عليه الحد إذا أنعظ[4]، وانتشر، وأوقع الفعل، فهو في حكم المختار، ولو كان غير مختار، لما وجد من نفسه قوة لهذا الفعل.

ولأنه إذا أكره على إيقاع الطلاق، فإنما أكره على حق له، ولا حق عليه

---

(1) فصل: هنا بمعنى مسألة وقضية.

(2) التزم حكم الله: أوجب على نفسه الأخذ به، أي امتثله. ن: لغة الفقهاء 86.

(3) قول المخالفين، الذي يرد عليه المؤلف هنا لم يتقدم له ذكر، ولعله قد فات الناسخ أن ينقله. والله أعلم.

(4) في الأصل: أنعط، وأنعظ الذكر: قام وانتشر. والإنعاظ: الشبق والرغبة في الجماع، وأنعظت المرأة: شبقت، واشتهت أن تجامع. ن: اللسان/ نعظ.

فيه، وإذا أكره على فعل لا حق له فيه، فحق[1] عليه ألا يفعل[2].

وأما مسألة من أحدث مكرهًا، فالإجماع فيها على أن الطهارة تنتقض، وأن سهو الحدث وعمده، و. . .[3]، واختياره سواء في نقض[4] الطهارة، لأن الله حرم الصلاة بغير طهور.

وقولهم: وغاية[5] ما في هذا أن يكون المكره آلة للمكره، باطل عقلاً[6] وشرعًا، لأن العاقل المختار لا يكون آلة لغيره[7].

وما ذكروه من مسألة من أكره على إتلاف مال الغير، مع ما ذكروه معها، كله غير لازم، لأنه إنما أكره على فعل لا حق له في فعله، ومسألتنا التي اختلفنا فيها: إنما أكره على أن يتخلى عن حق نفسه من غير رضاه، فلا جمع بينهما. والله أعلم.

* * *

(1) غير واضحة في الأصل، وأثبتناها هكذا اجتهادًا.

(2) في الأصل: بفعل.

(3) ممحوة في الأصل، ولم نهتد إلى ما يحتمل أن يكون أصلاً لها.

(4) في الأصل: بعض.

(5) في الأصل: فمانه. وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه بدليل تقدمه بنصه في أول المسألة.

(6) في الأصل قطعًا، وهو خطأ.

(7) انظر الإشراف 2 / 137، والمنتقى 4 / 123، والبداية 2 / 66، ومسائل الخلاف 195 و: 1.

مسألة [31]:

[في الزوج الثاني، هل يهدم ما بقي من طلاق الزوج الأول أو لا؟]

إذا طلق الرجل امرأته طلقة أو اثنتين، فانقضت عدتها، فتزوجت رجلاً غيره، ثم طلقها هذا الزوج الثاني، فانقضت عدتها، ثم تزوجها الأول، فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها، والزوج الذي تزوجها بعد طلاقه إياها، لم يهدم من بقية الطلاق شيئًا[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: يهدم الزوج الثاني ما بقي من طلاق الزوج الأول، فإذا رجعت إلى الأول، كانت عنده على ثلاث تطليقات كنكاح مبتدأ.

واحتج أصحابه، فقالوا: إصابة[3] الزوج الثاني، لما كانت رافعة لحكم الطلاق الثلاث، أن لو طلقها الأول ثلاثًا، كان رفعها للطلقة، والطلقتين أولى[4] وأحرى.

قالوا: ألا ترى أن الغسل من الجنابة لما كان معممًا للجسد في رفع

---

(1) قال في المجموع 17 / 287: «وإن أبان امرأته بدون الثلاث حتى انقضت عدتها، ثم تزوجها، قبل أن تتزوج زوجًا غيره، فإنها تكون عنده على ما بقي من عدد الثلاث. . . وإن تزوجها بعد أن تزوجت غيره. فإنها تعود إليه عندنا على ما بقي من عدد الثلاث. وبه قال من الصحابة عمر، وعلي، وأبو هريرة، ومن الفقهاء: مالك، والأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن، وزفر».

(2) قال في المبسوط 6 / 95: «وإن طلق امرأته واحدة، أو اثنتين، ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها، فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس، وابن عمر، وإبراهيم، وأصحاب ابن مسعود رضي الله عنهم». وانظر: إيثار الإنصاف 162.

(3) في الأصل: إصابت.

(4) في الأصل: أولا.

الحدث[1] الأعلى[2]، كان رفعه للحدث الأدنى، الذي هو غير معمم للجسم أولى وأحرى؟

قالوا: ولأنها عادت إلى الأول بعد إصابة زوج، فوجب أن تكون عنده على ثلاث تطليقات. دليله: ما إذا عادت إليه بعد إصابة الثاني، وقد كان الأول طلقها ثلاثًا.

قالوا: ولأن كل قدر من الماء يزيل ثلاث نقط من النجاسات، كان بأن يزيل النقطة والنقطتين أولى وأحرى.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ [مِنۢ بَعۡدُ][3] حَتَّىٰ [هـ 161] تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ ﴾ [البقرة: 230]، وهذا في الطلقة ثلاثًا، فأخبر الحق سبحانه أن الزوج الثاني، يهدم حكم الثلاث، وتحل للأول، فأما في مسألتنا فهي للزوج الأول حلال، وإن لم تنكح زوجًا غيره، فلا حاجة تدعو إلى هدم ما بقي عليه من الطلاق.

ولأنها عادت إلى الأول قبل استيفاء عدد الطلاق الذي ملكه بالنكاح الأول، فلم يهدم الزوج الثاني منه شيئًا، دليله: ما لو طلقها الزوج الثاني قبل أن يدخل بها، حيث لا يهدم من طلاق الأول شيئًا.

ولأن إصابة الثاني لا تهدم[4] ما بقي من طلاق الأول، دليله: ما لو أصيبت بشبهة نكاح أو ملك.

ولأن إصابة هذا الزوج الثاني، لو كانت تهدم بقية طلاق الزوج الأول، لهدمت إصابته طلاق نفسه، إذا كان قد تقدم له فيها طلاق قبل هذا النكاح

---

(1) الحدث: ما كان ضد الطهارة، وهو النجاسة الحكمية المانعة من الصلاة وغيرها من العبادات التي من شرط صحتها الطهارة، وهو نوعان: أصغر وأكبر. فالأصغر كالخارج من السبيلين من غائط وبول وما في حكمهما، والطهارة منه تتحقق بالوضوء أو التيمم والأكبر مثل الجنابة، والحيض والنفاس، والطهارة منه تتحقق بالغسل. ن: التعريفات 82، والأنيس 97 وهامش 2.

(2) في الأصل: الأعلا.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: يهدم.

الثاني، فلما لم يهدم طلاق نفسه بإجماع، فألا يهدم طلاق غيره أولى وأحرى.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن الإصابة لما رفعت حكم الثلاث، وجب أن ترفع حكم الطلقة أو الطلقتين، غير صحيح. لأن الثلاث مفتقرة إلى إصابة زوج يرفع حكمها، وليس كذلك الطلقة أو الطلقتين، لأنها لا تحتاج إلى رفع، لأنها لا توجب تحريمًا على الزوج المطلق.

وما ذكروه من غسل الجنابة، غير لازم، لأن غسل الجنابة فرض، والوضوء مستحب وليس بفرض، فهو في حكم التبع للغسل[1] والتبع غير معتبر، ألا ترى[2] أنه لو اقتصر على الغسل دون الوضوء أجزأه؟

وما ذكروه من إزالة النجاسة، فليس بشيء، لأن إزالتها تفتقر إلى ما يزال به، والقدر الذي يزيل الكثير منها يزيل القليل، والطلقة والطلقتان لا تحتاج إلى إزالة [لأنها][3] لا تحرم شيئًا، ولأن إصابة الزوج الثاني لا ترفع[4] الطلاق الثلاث، وإنما ترفع[5] حكمه، وهو التحريم، فيجب على هذا، ألا ترفع[6] الإصابة، الطلقة والطلقتين، والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: للعشل.
(2) في الأصل: ترا.
(3) تكملة يقتضيها السياق.
(4) في الأصل: يرفع.
(5) في الأصل: يرفع.
(6) في الأصل: يرفع.

مسألة [32]:

[في حكم نكاح المحلل]

ومن طلق زوجته ثلاثًا، فزوجها غيره ليحلها له، فلا تحل للأول بذلك النكاح، وإنما تحل بنكاح رغبة لا مواطنة[1] فيه ولا تدليس[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: تحل للأول بذلك النكاح[3].

واحتج أصحابهما بقوله عز وجل: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: 230]، وهذه امرأة نكحت نكاحًا يدرأ[4] فيه الحد، ويلحق فيه النسب.

قالوا: وقد قال ﷺ للمطلقة ثلاثًا: «لا، حتى تذوقي عسيلته[5] ويذوق عسيلتك»[6]. قالوا: وهذه قد ذاقت عسيلته، فوجب أن تحل بذلك للأول.

---

(1) المواطنة: من واطنه على الأمر إذا أضمره معه. ن: اللسان / وطأ.

(2) قال في الإشراف 2 / 138: «إذا تزوجها بقصد إحلالها للأول، فالنكاح فاسد، لا تحل به». وانظر أيضًا: المنتقى 3 / 298 - 299، والتمهيد 13 / 232 - 235.

(3) انظر المجموع 17 / 282، والإشراف 2 / 138، والبدائع 3 / 187.

(4) في الأصل: يدرو، ويدرأ فيه الحد: يدفع.

(5) العسيلة: «تصغير العسل، وإدخال الهاء في تصغيرها، لأجل أنها مؤنثة سماعية، وهي تؤنث وتذكر، والأغلب عليها التأنيث، وقال الشماخ: « بها عسل طابت يدا من يشورها»، أي: يجتنيها، فالهاء في يشورها. دليل تأنيثها.

وبعض الناس قالوا: أراد بالعسيلة النطفة، فالتأنيث لذلك. قال القتبي: وليس كذلك، بل هي كناية عن حلاوة الجماع. قال نجم الدين: وهو كما قال، فإن الإنزال ليس بشرط: بل التقاء الختانين كاف للحل». الطلبة 115.

(6) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري، ومسلم، وأصحاب السنن والإمام أحمد عن عائشة رضي الله عنها. ولفظه في البخاري: «أن امرأة رفاعة القرضي جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرضي، وإنما معه مثل الهذبة، قال رسول الله ﷺ: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة. لا. حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته». ن: المجموع 17 / 279، ونصب الراية 3 / 237 - 238.

دليله: ما إذا كان نكاح رغبة، لا مواطنة فيه ولا تدليس.

قالوا: ولأنه نكاح عقده ولي بصداق، وشاهدي عدل، وهذه شروط صحة النكاح، فوجب أن تحل به للأول. دليله: سائر عقود النكاح الصحيحة.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ: «لعن الله المحلل[1] والمحلل له»[2]، وقوله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار»[3]. [قالوا][4]: بلى يا رسول الله، فذكر لهم المحلل[5].

ولأن ما حرم الله عز وجل، لا يستباح بما نهى[6] عنه عز وجل، لأن الله تعالى حرم المطلقة ثلاثًا على الذي طلقها حتى تنكح زوجًا غيره، ولعن النبي ﷺ المحلل، فكيف يحل بنكاح من لعنه الله تعالى على لسان نبيه عليه السلام؟

ولأن الزوج الثاني لو نكحها في العدة وأصابها فيها، لم يحلها ذلك النكاح للأول. وإنما لم يحلها للأول، لأنه نكاح منهي[7] عنه، فوجب أن

---

(1) المحلل: «الذي ينكح المطلقة ثلاثًا، بشرط التحليل لمن طلقها، والزوج المطلق هو المحلل له». لغة الفقهاء 413.

(2) قال في المجموع 17 / 281: «أما حديث: «لعن الله المحلل والمحلل له» ففي الترمذي، ومسند أحمد من حديث عبد الله بن مسعود. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وفي المسند من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا، وإسناده حسن، وفيه عن علي عليه السلام، عن النبي ﷺ مثله، وفي سنن ابن ماجة من حديث عقبة بن عامر، قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل. لعن الله المحلل والمحلل له»».

(3) في الأصل: المستعال. والتيس: ولد المعزة الذكر الذي تمت له سنة. ن: غريب المدونة 38. والمستعار: المستلف. والمراد للضراب والسفاد.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) أخرجه ابن ماجة عن عقبة بن عامر، في كتاب النكاح باب المحلل والمحلل له، باللفظ الذي سبق ذكره قريبًا في هامش: 2، قال في نصب الراية 3 / 239: «قال عبد الحق في أحكامه: إسناده حسن».

(6) في الأصل: منها.

(7) في الأصل: منها.

يكون نكاح المحلل كذلك لا يحلها للأول، لأنه نكاح منهي[1] عنه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، فهو حجتنا، لأنه جلت قدرته إنما أراد النكاح المأذون فيه، لا المنهي[2] عنه، ونكاح المحلل ممنوع منهي عنه، فلا يجوز أن تقع[3] الاستباحة به.

وكذلك الجواب عن قوله ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك»، أراد عليه السلام: في نكاح مأذون فيه. [هـ 152].

وقولهم: قد وجدت شروط صحة النكاح، فليس كذلك، لأنه نكاح منهي عنه، فتلك الشروط لا تأثير لها، حتى يكون نكاح رغبة لا تدليس فيه، ولا مواطنة. ألا ترى[4] أنه لو تزوجها بولي، وصداق، وشاهدي عدل، وهي معتدة أو محرمة، أن نكاحه فاسد، ويفسخ على كل حال، وقد وجدت فيه شروط النكاح على ما زعموا؟ فبطل ما قالوه. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: منها.

(2) في الأصل: المنها.

(3) في الأصل: يقع.

(4) في الأصل: ترا.

مسألة [33]:

[في المطلقة ثلاثًا. متى تحل لزوجها الذي طلقها؟]

ومن طلق امرأته ثلاثًا، فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، ويطأها الثاني، وطئًا مباحًا في غير حيض، ولا صوم، ولا إحرام، فإن وطئها الثاني في شيء من هذه الأحوال، لم تحل بذلك الوطء[1] للذي طلقها ثلاثًا[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي: تحل له بذلك الوطء[3].[4].

واحتج أصحابهما فقالوا: وطء في نكاح صحيح، وفي فرج يبتغى[5] منه الولد، فوجب أن يحل بذلك الوطء. دليله: الوطء المباح.

قالوا: ولأن الفرقة أحد شرائط الإباحة، ثم لا فرق بين وجود تلك[6] الفرقة على الوجه الجائز أو الوجه المنهي عنه في أنها تحل بذلك[7] للزوج الأول، فتبين[8] [أن][9] الوطء الذي هو غير المباح

---

(1) في الأصل: الوطي، وهو كذلك متى ورد.

(2) قال في الإشراف 2 / 138: «إذا وطئها الثاني وطئًا محرمًا، مثل أن يطأها حائضًا، أو محرمة، أو صائمة، أو ما أشبه ذلك، لم تحل للأول»، وقال في البداية 2 / 56: «... وقال مالك وابن القاسم: لا يحل المطلقة (أي ثلاثًا) إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح، من غير صوم أو حج أو حيض، أو اعتكاف، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم، ولا وطء من لم يكن بالغًا». وانظر أيضًا أحكام ابن العربي 1 / 198، وأحكام ابن الفرس 91.

(3) في الأصل: الوطي، وهو كذلك متى ورد.

(4) قال في المجموع 17 / 283: «وإن أصابها الزوج الثاني وهي محرمة لحج، أو لعمرة، أو صائمة، أو حائض، أحلها للأول»، وانظر: البدائع 3 / 189، والمبسوط 6 / 98، وتحفة الفقهاء 2 / 275، والإشراف 2 / 138، والبداية 2 / 65.

(5) في الأصل: يبتغا.

(6) في الأصل: ذلك.

(7) في الأصل: ذلك.

(8) في الأصل: فبين.

(9) تكملة يقتضيها السياق.

[ينزل][1] منزلة الوطء المباح في تحليلها.

والدليل على صحة ما قلناه: أن إباحتها للأول مفتقرة إلى عقد ووطء، أنا قد أجمعنا على أن العقد الفاسد لا يقوم مقام العقد الصحيح، فوجب ألا يقوم [الوطء][2] الفاسد مقام الوطء الصحيح.

ولأن الوطء أحد شرائط [الحل للأول][3]، فوجب ألا يصح به الإباحة إذا وقع على غير الوجه المأذون فيه، دليله: ما إذا وطئها وهو محرم، أو هي محرمة على أصلنا[4].

ولأنه وطء حرام، فوجب ألا تصح به الإباحة. دليله: إذا وطئها في الدبر؛ حيث لا يكون به إحلال ولا إحصان.

فإذا ثبت هذا، فتشبيههم الوطء الفاسد بالوطء المباح غير صحيح.

وقولهم: إن الفرقة أحد شرائط الإباحة إلى آخر ما ذكروه، فليس[5] بشيء، لأن الإباحة قد تحصل مع عدم الطلاق، مثل أن يموت هذا الزوج الثاني، فإنها تحل للأول مع غير طلاق، ولا خلاف في ذلك. فبطل قولهم: إن الطلاق أحد شرائط الإباحة. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) تكملة لازمة.

(3) تكملة لازمة يقتضيها السياق.

(4) هذا قياس على أصل مختلف فيه، فلا يكون حجة قوية على المخالف.

(5) في الأصل: وليس.

مسألة [34]:

[في حكم طلاق الكافر امرأته، قبل إسلامه]

إذا طلق الكافر امرأته في حال كفره ثم أسلم، لم يلزمه من ذلك الطلاق شيء، ثلاثًا، أو ما دون ذلك، لأن مناكحهم عندنا غير صحيحة[1]؛ لكن فيها شبهة توجب لهم لحوق النسب بآبائهم.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يلزم طلاقه، لأن مناكحهم عندهم صحيحة[2].

واحتج أصحابهما على صحة وقوع طلاقهم بصحة مناكحهم. قالوا: والدليل على صحة مناكحهم، هو أن النبي ﷺ أقر أصحابه رضي الله عنهم حين أسلموا على مناكحهم، فلو كانت فاسدة لم يقرهم عليها عليه السلام، لأنه لا يقر على منكر.

قالوا: ويدل عليها أيضًا: نسبة المرأة منهم إلى زوجها، فيقال: امرأة فلان، ونسبة الرجل إلى امرأته، فيقال: زوج فلانة، واستشهدوا على هذا بقوله عز وجل: ﴿وَضَرَبَ[3] ٱللَّهُ مَثَلًا لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱمْرَأَتَ فِرْعَوْنَ﴾ [التحريم: 11]، وقال في امرأة أبي لهب[4]: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ[5] حَمَّالَةَ

---

(1) قال في الإشراف 2 / 104: «أنكحة الكفار فاسدة، وإنما يصحح الإسلام ما لو ابتدأوه بعده جاز. وقال أبو حنيفة والشافعي: هي صحيحة». وانظر: اختصار عيون المجالس 49 و: 1.

(2) قال في تحفة الفقهاء 2 / 193: «وأما نكاح الكفار فيما بينهم فجائز، وقال مالك: أنكحتهم فاسدة»، وقال في المهذب 2 / 52: «إذا أسلم الزوجان المشركان على صفة، لو لم يكن بينهما نكاح، جاز لهما عقد النكاح، أقرا على النكاح، وإن عقد بغير ولي ولا شهود، لأنه أسلم خلق كثير، فأقرهم رسول الله ﷺ على أنكحتهم، ولم يسألهم عن شروطه».

(3) في الأصل: ضرب.

(4) هو عبد العزى بن عبد المطلب، أحد أعمام رسول الله ﷺ، كان كثير الأذية لرسول الله ﷺ، والبغض له، والتنقص منه ومن دينه، فيه أنزل الله سورة المسد: ﴿تبت يدا أبي لهب وتب﴾، إلى آخرها. مات على كفره. ن: مختصر ابن كثير 3 / 689.

(5) هي أم جميل أروى بنت حرب بن أمية، أخت أبي سفيان، كانت عوناً لزوجها أبي لهب على=

﴿ٱلۡحَطَبِ﴾ [المسد: 4]. قالوا: فإذا صحت النسبة صح ما قلناه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله ﷺ لغيلان[1] الثقفي لما أسلم عن عشر[2] نسوة: «اختر منهن أربعًا»[3]، ولم يذكر له عليه السلام الأوائل، ولا الأواخر، فدل ذلك على فساد مناكحهم؛ إذ لو كانت صحيحة لم يجز له أن يختار إلا الأوائل دون الأواخر.

ولأن فيروز[4] الديلمي أسلم وتحته أختان، فقال له عليه السلام: «اختر واحدة منهما»[5]، فلو كان نكاح الأولى[6] صحيحًا، لم يجز له اختيار الثانية. وبين هـذا قوله ﷺ في بعض مغازيه: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل

= كفره وجحوده وعناده، وأذيته لرسول الله ﷺ، فجعلها الله يوم القيامة عوناً عليه في عذابه في نار جهنم. ن: مختصر ابن كثير 3 / 690.

(1) هو غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم يوم الطائف، وكان عنده عشر نسوة، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا. كان أحد وجوه ثقيف، ومقدمهم، شاعرًا محسنًا. توفي رحمه الله آخر خلافة عمر رضي الله عنه.

(2) في الأصل: عشرة.

(3) هذا الحديث أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنه: الإمام أحمد، والترمذي، وابن حبان وصححه، وابن ماجة، والحاكم، والإمام الشافعي. وأعله البخاري، وأبو زرعة، وأبو حاتم، وقال الترمذي: قال البخاري: هذا الحديث غير محفوظ. ن: سبل السلام 3 / 132.

(4) هو أبو الضحاك. وقيل: أبو عبد الله، وقيل: أبو عبد الرحمٰن: فيروز الديلمي الحميري، من فرس صنعاء، قاتل الأسود العنسي الكذاب الذي ادعى النبوة، روى عنه ابناه: الضحاك وعبد الله. مات في خلافة عثمان، أو خلافة معاوية رضي الله عنهما باليمن.
ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 9 / 122، والإصابة 8 / 106.

(5) حديث فيروز الديلمي هذا، أخرجه أبو داود في الطلاق، والترمذي في النكاح، ولفظه في أبي داود: «عن الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: قلت يا رسول الله أسلمت وتحتي أختان، قال: «طلق أيتهما شئت»، وفي لفظ الترمذي: «اختر أيتهما شئت»، وقال: حديث حسن غريب. ن: نصب الراية 3 / 169، ومعالم السنن 3 / 261.

(6) في الأصل: الأول.

حتى تحيض»[1].

فجعل عليه السلام حل نسائهم الاستبراء[2] بحيضة، فدل ذلك على فساد مناكحهم؛ إذ لو كانت صحيحة، لم يحل وطئها إلا بعد الأقراء، أو الشهور دون الاستبراء. ألا ترى أن النكاح الفاسد في الإسلام، إذا فسخ بعد الدخول فإنما على المرأة فيه الاستبراء دون العدة؟

ولأن مناكحهم يستجيزونها بغير ولي، وفي العدة، وبخمر وبخنزير، وغير ذلك، فدل ذلك على فسادها. وإذا كانت مناكحهم فاسدة، لم يلزم فيها طلاق، ألا ترى أن المسلم إذا تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، فطلق فيه، أن الطلاق لا يلزمه؟ فيجب أن يكون طلاق الكافر كذلك لا يلزم، بل [هـ 163] الكافر أولى[3] ألا يلزمه طلاق، لأنه غير مخاطب بشيء من فروع الشريعة مع الإقامة على كفره[4].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من صحة مناكحهم، ووقوع طلاقهم باطل بحديث غيلان الثقفي، وفيروز الديلمي حين خيرهما النبي عليه السلام.

---

(1) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه في باب وطء السبايا عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه بلفظ: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب النكاح عن ابن عباس بنحوه، والحاكم في المستدرك في النكاح، وقال: على شرط مسلم، وأعله ابن القطان بشريك (رجل في سنده)، وقال: إنه مدلس، وهو ممن ساء حفظه. ن: نصب الراية 3 / 223 - 224، والتعليق المغني بهامش سنن الدارقطني 3 / 257 - 258.

والحائل من النساء: هي غير الحامل.

(2) الاستبراء: «تربص يعلم به خلو رحم المرأة من الولد، ويكون للأمة، وللموطوءة بعقد فاسد، أما غيرهما، فالواجب في حقهن العدة». لغة الفقهاء 58.

(3) في الأصل: أولا.

(4) الظاهر أن ابن العربي لا يقول بهذا، بل ولا يرى أن مالكًا قال به، ولا اختلف فيه قوله، وإن خفي ذلك على أصحابه فقد جاء في أحكامه 1 / 287: «إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، ولا خلاف فيه في قول مالك، وإن خفي ذلك على الأصحاب»، وجاء فيها أيضًا 4 / 1750: «إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة عندنا وعند الشافعي بغير خلاف...».

وما ذكروه من مناكح الصحابة، غير لازم، لأن الإسلام صحح لهم فسادها، وأبقى عليهم ملاذها[1]، ليصح السبب في لحوق النسب، لأن الإسلام يجب[2] ما قبله.

وما ذكروه من نسبة المرأة إلى زوجها، كامرأة[3] فرعون، وامرأة[4] أبي لهب، فلا حجة[5] لهم في شيء من تلك[6] التسميات، ولا[7] مشاحة لهم فيها، وليس ذلك مما يوجب صحة النكاح وفساده، ولأنه يبطل عليهم بامرأة المجوسي إذا كانت أمه وأخته. والله أعلم.

* * *

(1) في الأصل: ملادها.
(2) يجب: يقطع.
(3) في الأصل: كامرأت.
(4) في الأصل: وامرأت.
(5) في الأصل: حاجة.
(6) في الأصل: ذلك.
(7) في الأصل: لا.

مسألة [35]:

[في الخلع. هل هو طلاق أو فسخ؟]

الخلع[1] طلقة بائنة[2]، وبه قال علي، وابن مسعود[3]، وابن[4] المسيب، وشريح[5]، والشعبي[6]، وعطاء[7]،

---

(1) الخلع بضم الخاء وسكون اللام: «طلاق الرجل زوجته على مال تبذله له». لغة الفقهاء 199، وانظر: حلية الفقهاء 170، والمغرب 151، والطلبة 126، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 96، والتعريفات 101، والأنيس 161 - 162.

(2) قال ابن الفرس في أحكامه 89: «والخلع دون تسمية طلاق، واحدة بائنة»، وقال في البداية 2 / 52: «وأما نوع الخلع، فجمهور العلماء على أنه طلاق، وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والخلع... وجمهور من يرى أنه طلاق يجعله بائنًا»، وانظر: الإشراف 2 / 110، والمنتقى 4 / 61، ومسائل الخلاف 185 و: 1.

(3) هو أبو عبد الرحمٰن عبد الله بن مسعود الهذلي. قال فيه رسول الله ﷺ: «رضيت لأمتي ما رضي لها ابن أم عبد». مات بالمدينة سنة 32هـ. خرج له الجماعة.
ترجمته في الحلية 1 / 124، وطبقات الشيرازي 43، وطبقات الحفاظ 14، والخلاصة 214، والرياض 185.

(4) هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المخزومي، سيد فقهاء التابعين. قال عنه قتادة: ما رأيت أحدًا أعلم بالحلال والحرام منه. خرج له الجماعة. توفي سنة 93 أو 94هـ.
ترجمته في الحلية 2 / 161، وطبقات الشيرازي 57، والخلاصة 143.

(5) هو أبو أمية شريح بن الحارث الكندي الكوفي القاضي. ولاه عمر قضاء الكوفة. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. توفي سنة 82هـ، وقيل غير ذلك.
ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 163، وطبقات الشيرازي 80، والخلاصة 165..

(6) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل الشعبي، قال أشعث بن سوار: نعى الحسنُ البصريُّ الشعبيَّ فقال: كان والله فيما علمتُ كثير العلم، عظيم الحلم، من الإسلام بمكان. خرج له الجماعة، مات سنة 104 أو 103هـ.
ترجمته في طبقات الشيرازي 81، وطبقات الحفاظ 40، والخلاصة184.

(7) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح. كان من أجل الفقهاء، قال قتادة: أعلم الناس بالمناسك عطاء، خرج له الجماعة. توفي سنة 114هـ.
ترجمته في طبقات الشيرازي 69، وطبقات الحفاظ 45 - 46، والخلاصة 226.

وسعيد[1] بن جبير، والحكم[2]، والزهري[3]، والحسن[4]، ومكحول[5]، وأبو حنيفة[6].

وروى طاوس[7] عن ابن عباس[8] أنه قال: «الخلع فسخ بغير طلاق»، فأنكر عليه ذلك أهل مكة، واعتذر منه.

وقال الشافعي في أحد قوليه: الخلع فسخ بغير طلاق[9].

---

(1) هو أبو محمد أو أبو عبد الله سعيد بن جبير الوالبي. متفق على توثيقه. خرج له الجماعة. توفي سنة 95هـ.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 145، وطبقات الشيرازي 82، وطبقات الحفاظ 38. والخلاصة 136.

(2) هو أبو محمد الحكم بن عتيبة الكندي الكوفي. أحد الأعلام. خرج له الجماعة. توفي سنة 115هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 82 - 83، وطبقات الحفاظ 51 - 52، والخلاصة 89.

(3) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري. قال عمر بن عبد العزيز: لا أعلم أحدًا أعلم بسنة ماضية منه. مات سنة 124هـ.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 276 - 277، وطبقات الشيرازي 63 - 64، وطبقات الحفاظ 49 - 50، والخلاصة 359.

(4) هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، رأى عليًا وعائشة وطلحة، من أعبد أهل البصرة، وأفقههم، خرج له الجماعة. توفي سنة 110هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 879، وطبقات الحفاظ 35، والخلاصة 77.

(5) هو أبو عبد الله مكحول بن عبد الله الشامي. لم يكن في زمانه أبصر منه بالفتوى. قيل: توفي سنة 113هـ، وقيل غير ذلك.

ترجمته في طبقات الشيرازي 75، وطبقات الحفاظ 49.

(6) قال في المبسوط 6 / 171: «والخلع طلقة بائنة عندنا». وانظر: تحفة الفقهاء 2 / 299.

(7) هو طاوس بن كيسان اليماني. كان فقيهًا جليلاً، أخبر عن نفسه أنه أدرك خمسين من الصحابة. قال عمرو بن دينار: ما رأيت مثله. خرج له الجماعة. مات سنة 106 بمكة حاجًا.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 182، وطبقات الشيرازي 73، والخلاصة 181.

(8) تقدمت ترجمته.

(9) قال في المجموع 17 / 15: «وإن خالعها بلفظة الخلع، ولم ينوِ به الطلاق، ففيه قولان: =

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: 229]. قالوا: فقيل للنبي ﷺ: يا رسول الله، فأين الثالثة؟ فقال: «أو تسريح بإحسان»[1].

قالوا: ولو كان الخلع طلاقًا، لكان الطلاق أربع تطليقات، وهذا ما لا يقوله أحد.

قالوا: ولأنها فرقة يجوز إيقاعها في حال الحيض، فلم يكن طلاقًا، دليله: اختيار الفرقة لعيب بأحدهما، أو يملك أحدهما صاحبه، أو يظهر أنه أخوه من النسب أو الرضاع[2]؛ حيث يقع الفسخ بغير طلاق، بغير خلاف بيننا وبينكم.

ولأنها فرقة لا تتم إلا بالزوجين، أو بمن يقوم مقامهما، وهي عارية عن نية المطلق، فوجب أن يكون فسخًا لا طلاقًا[3]، كالفسخ بأخوة الرضاع.

ولأن كل ما لا يجوز إلا بعوض، لا يكون طلاقًا بمجرده، كالإجارة[4]، والبيع.

= أحدهما وهو قوله في القديم: أنه فسخ. وبه قال ابن عباس، وعكرمة، وطاوس، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور. واختاره ابن المنذر والمسعودي. . . والثاني: أنه طلاق. وبه قال عثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه. . .».

(1) هذا جزء من حديث أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 4 عن أنس بن مالك رضي الله عنه، من طريق إسماعيل بن سميع الحنفي عنه.

ولفظه بتمامه: «قال رجل للنبي ﷺ: إني أسمع الله تعالى يقول: ﴿الطلاق مرتان﴾ فأين الثالثة؟ قال: «إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان هي الثالثة». قال الدارقطني: كذا قال عن أنس، والصواب: عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين، مرسل عن النبي ﷺ. قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 4 / 4: «ورجح أيضًا البيهقي إرساله، قال: وكذا رواه جماعة من الثقات، أي مرسلاً. قال الحافظ ابن حجر: وهو في المراسيل لأبي داود. كذلك قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن القطان: المسند أيضًا صحيح».

(2) في الأصل: والرضاع.

(3) في الأصل: طلاق.

(4) في الأصل: بالإجارة.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث حبيبة[1] بنت سهل، فكانت تحت ثابت[2] بن قيس، وكانت جميلة، وكانت في ثابت دمامة، فأتت النبي عليه السلام، مع ثابت: فقالت: «يا رسول الله، أنا كما قد رأيت، وثابت كما قد رأيت، ولست أعيب فيه خلقًا ولا دينًا، لأني[3] أكره الكفر بعد الإسلام. فقال لها النبي عليه السلام: «أتردين[4] عليه حديقته؟» قالت: نعم، فقال له النبي عليه السلام: «اقبلها منها»، فقال له ثابت: ويطيب لي ذلك يا رسول الله؟ قال: «نعم»، فقبلها منها، وطلقها طلقة[5].

ولأن فسخ النكاح لا يكون إلا فيما غلب عليه الزوجان، كالردة[6] أو ملك أحدهما الآخر، أو كونه أخاها من النسب أو الرضاع، فكيف يكون

---

(1) هي حبيبة بنت سهل الأنصارية التي اختلعت من ثابت بن قيس فيما روى أهل المدينة. روت عنها عمرة.

ترجمتها في الاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 253، والإصابة 13 / 192.

(2) هو ثابت بن قيس بن شماس الأنصاري الخزرجي. خطيب الأنصار. بشره رسول الله ﷺ بالجنة، وقال فيه عليه السلام: «نعم الرجل ثابت بن قيس»، استشهد رضي الله عنه يوم اليمامة في قتال أهل الردة سنة 11هـ.

ترجمته في الخلاصة 57، والرياض 42 - 43.

(3) هكذا في الأصل، والظاهر أنها محرفة، وصوابها: لكني.

(4) في الأصل: أترين.

(5) لم أعثر عليه بهذا اللفظ، وهو في صحيح البخاري في كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه. . . هكذا: «عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس لا أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. قال رسول ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة». وفي معناه أخرجه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجة، ومالك، وأحمد، والطبراني، والبيهقي، والدارقطني، وابن خزيمة، وابن حبان، والبزار. ن: نصب الراية 3 / 245، والمجموع 17 / 54.

(6) الردة: «الخروج عن الإسلام بإتيان ما يخرج عنه قولاً أو اعتقادًا، أو فعلاً». لغة الفقهاء 221.

فسخًا[1] بغير طلاق؟

ولأنها فرقة عن تراض قصداه، فوجب أن يكون طلاقًا لا فسخًا. دليله: ما إذا تركت له العوض[2] المأخوذ عن الخلع، بعدما أطاعت به.

ولأنها فرقة يستحيل وقوعها من غير نكاح، فوجب أن يكون طلاقًا. دليله: الطلاق الصادر عن غير فداء[3].

ولأن كل فرقة يجوز فيها اللبوث على النكاح مع الحالة الموجبة لها، فإنها تكون طلاقًا لا فسخًا، اعتبارًا بفرقة العنين[4]، والمولي[5] والمعسر[6] بالنفقة.

ولأن الزوج أخذ العوض عما يملكه، والذي يملكه هو الطلاق دون الفسخ، لأن الفسخ إنما يفتقر[7] إلى فاسخ يفسخه، وهو الحاكم، إما بنص[8] أو اجتهاد[9] رأي، وليس كذلك الطلاق، لأن الزوج يملك إمساكه وإرساله.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من أن الخلع، لو كان طلاقًا، لكان الطلاق أربع تطليقات، فهو خطأ، لأن الزوج إذا خالع امرأته، ثم تزوجها بعد ذلك، ولم يتقدم له فيها غير طلقة الخلع، فإنها تكون عنده على طلقتين، فكيف يكون

---

(1) الفسخ: «رفع العقد بإرادة من له حق الرفع، وإزالة جميع آثاره». لغة الفقهاء 346.

(2) العوض هو: الشيء الذي يدفع على جهة المثامنة بعقد، وهو عام في النقود وغيرها، بخلاف الثمن، فإنه خاص بالنقود. ن: الأنيس 102، ولغة الفقهاء 324.

(3) الفداء والفدية: «البدل الذي يتخلص به عن مكروه توجه إليه» التعريفات 165، وانظر: لغة الفقهاء 340.

(4) العنين: هو الذي لا يقدر على إتيان النساء، لمرض، أو كبر سن، أو عدم انتصاب ذكره. ن: المغرب 329، والتعريفات 138، والأنيس 165، ولغة الفقهاء 323.

(5) المولي: الحالف على ترك وطء زوجته. ن: الطلبة 129، والتعريفات 212، وشرح الحدود 202.

(6) المعسر بالنفقة: العاجز عن النفقة على زوجته.

(7) في الأصل: افتقر.

(8) من الكتاب، أو من السنة، أو الإجماع.

(9) كالأقيسة والاستدلالات.

الطلاق ـ على هذا ـ أربع تطليقات؟

وقولهم: ولأنها فرقة يجوز إيقاعها في حال الحيض، فلم تكن طلاقًا[1]، غير لازم، لأن إيقاع الخلع في زمن الحيض، لا يجوز عندنا جملة، ولكنه إن أوقعه لزم، فبطل ما قالوه.

واستشهادهم بما إذا ملك أحدهما صاحبه، وكشف الغيب أنه أخوه من النسب أو الرضاع، غير لازم. لأنهما في تلك الصور مغلوبان على الفسخ [هـ 164].

وقولهم: ولأنها فرقة لا تتم إلا بالزوجين، أو بمن يقوم مقامهما، غير صحيح. لأن الطلاق غير واقف[2] على رضى المرأة واختيارها، إلا ما كان في تمليك[3] أو تخيير[4]، أو نحو ذلك. وإنما يعتبر رضاها في الخلع في المال الذي تختلع به، لا في الطلاق.

وقولهم: ولأن كل ما لا يجوز إلا بعوض، لا يكون طلاقًا بمجرده[5]، كالبيع، والإجارة. غير لازم، لأن الإجارة والبيع واقعان في غير محل الزوجية، فلا تشبيه[6] بينهما. والخلع فرقة واردة من زوج مختار لها على عوض أخذ من الزوجة؛ وقد يكون العوض معلومًا، أو مجهولاً وغررًا، وذلك كله جائز عندنا في الخلع، ولا يجوز شيء من ذلك في البيع والإجارة، فافترق حكم البيع والإجارة من حكم الخلع. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: طلاق.

(2) هكذا في الأصل: ويحتمل أن الصواب: متوقف.

(3) التمليك: جعل الشيء لآخر يحوزه، وينفرد بالتصرف فيه، وتمليك الزوجة أمر نفسها: جعل إنشاء الطلاق حقًا لها. ن: لغة الفقهاء 147، وشرح الحدود 197.

(4) التخيير: «جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثًا، حكمًا أو نصًا عليها، حقًا لغيره». شرح الحدود 197. وانظر: لغة الفقهاء 126.

(5) في الأصل: بمجرد.

(6) في الأصل: تشهيه.

مسألة [36]:

[في الحكمين: هل يجوز لهما أن يفرقا بين الزوجين، أو أن يأخذا من المرأة فداء؟]

إذا قبح ما بين الزوجين، وخيف عليهما ألا يقيما حدود[1] الله، بعث الحاكم حكمًا[2] من أهله، وحكمًا [من أهلها][3]، فإن رأيا أن يفرقا بينهما، فرقا وإن كره الزوجان ذلك، وإن[4] رأيا للإصلاح وجهًا أصلحا، وإن رأيا لأخذ[5] [الفداء][6] من الزوجة على الطلاق وجهًا أخذا[7]. وذلك كله جائز[8].

وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه[9]: لا يجوز للحكمين أن يفرقا، ولا أن يأخذا[10] من المرأة فداء، إلا بتوكيل[11] من الزوجين لهما[12].

---

(1) حدود الله: «أحكامه الشرعية، لأنها مانعة من التخطي إلى ما وراءها». المغرب 106.

(2) الحكم بفتحتين: الحاكم. ن: المغرب 125.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: فإن.

(5) في الأصل: لأحد.

(6) تكملة لازمة بدليل ما يأتي بعد في قول أبي حنيفة والشافعي.

(7) في الأصل: أخذ.

(8) قال في الإشراف 2 / 113: «إذا بعث الحاكم الحكمين، عند حصول الشقاق بين الزوجين، فعلا ما يريان من صلاح (ربما إصلاح)، وطلاق، أو خلع، ولا يعتبر رضى الزوجين، وكان ذلك حكمًا لا وكالة». وانظر أيضًا: «أحكام ابن العربي» 1 / 422 - 423، والبداية 2 / 72، وأحكام ابن الفرس 166.

(9) في الأصل: قوله.

(10) في الأصل: يأخذ.

(11) التوكيل: إقامة من يملك التصرف غيره مقام نفسه. ن: التعريفات 62، ولغة الفقهاء 152.

(12) قال الجصاص في أحكامه 2 / 190: «ويدل أيضًا قوله: «فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها»، على أن الذي من أهله وكيل له، والذي من أهلها وكيل لها، كأنه قال: فابعثوا رجلاً من قبله، ورجلاً من قبلها، فهذا يدل على بطلان قول من يقول إن للحكمين أن يجمعا إن شاءا، وإن شاءا فرقا بغير أمرهما». وقال في المهذب 2 / 70: «واختلف قول (أي =

واحتج أصحابهما فقالوا: الزوجان حران بالغان عاقلان رشيدان؛ وقد ملك كل واحد منهما على صاحبه شيئًا، فلا يجوز إزالة ملكه[1] إلا برضاه. دليله: سائر الأملاك.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ** ﴾ [النساء: 35]، ولم يذكر رضى الزوجين جل وعز، ولا توكيلهما.

ولأنه عز وجل سمى المبعوثين حكمين، والحكم إذا وقعت إليه الأحكام، وجب عليه تنفيذها، سوى رضي[2] المحكوم عليه [أو لم يرض][3]. ولو لم يكن هذا الأمر كما وصفنا لتزايد الأمر، ولعظم الشقاق، وبعد الاتفاق؛ وقد بعث عثمان رضي الله عنه ابن عباس ومعاوية[4] حكمين، بين عقيل[5] بن

= الشافعي) في الحكمين، فقال في أحد القولين: هما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما، لأن الطلاق إلى الزوج، وبذل المال إلى الزوجة، فلا يجوز إلا بإذنهما، وقال في القول الآخر: هما حاكمان، فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض. وغير عوض. لقول الله عز وجل: ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ فسماهما حكمين، ولم يعتبر رضى الزوجين».

(1) الملك: «اتصال شرعي بين الإنسان، وبين شيء يكون مطلقًا لتصرفه فيه، وأجزأ عن تصرف غيره فيه». التعريفات 204.

(2) في الأصل: رضا.

(3) تكملة لازمة.

(4) هو أبو عبد الرحمٰن معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي، كان هو وأبوه وأخوه من مسلمة الفتح، ولاه عمر على الشام بعد موت أخيه زيد، وصارت إليه الخلافة بعد تنازل الحسن بن علي عنها. مات رحمه الله في رجب سنة 90هـ.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 10 / 134، والإصابة 9 / 231، والرياض 254.

(5) هو عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم القرشي، أبو يزيد ابن عم الرسول ﷺ. قال له عليه السلام: «إني أحبك حبين، حبًا لقرابتك مني، وحبًا لما كنت أعلم من حب عمي إياك»، أسلم قبل الحديبية، توفي في خلافة معاوية.

أبي طالب، وزوجته فاطمة[1] بنت عتبة بن ربيعة، وذلك بمحضر جماعة من المهاجرين والأنصار؛ وقد شاع ذلك وذاع[2]، ولم يعلم له منكر، ولا مخالف. وهذا كله يدل على ضعف ما قالوه وأصلوه من أن الحكمين وكيلان للزوجين.

ويقال لهم على طريق المضايقة: أهما وكيلان لكل واحد من الزوجين، أم أحدهما وكيل الزوج، والآخر وكيل المرأة، وهل هذه الوكالة[3] في معلوم أو في مجهول؟ فإن كانت في معلوم[4]، فبينوه لنا. وإن كانت الوكالة منهما[5] جميعًا على الطلاق، فأي شيء بيد المرأة من الطلاق؟ وقد قال عليه السلام: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء[6]»[7].

وقد جهلوا موضع اللغة في هذا، إلى[8] أن اسم الوكيل غير اسم الحكم[9]، قال عز وجل في الحكم في حد[10] الحكم: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا[11] عَدْلٍ

---

(1) هي فاطمة.

(2) في الأصل: وداع.

(3) الوكالة: أن يكل المرء أمره إلى غيره ممن يقوم مقامه. ن: حلية الفقهاء 145، والمغرب 943.

(4) في الأصل: مجهول، ولعل الصواب ما أثبتناه. والله أعلم.

(5) في الأصل: منها.

(6) في الأصل: للنساء. والصواب: بالنساء، بدليل وروده كذلك في كتب الحديث.

(7) قال في نصب الراية 3 / 255: «قال ابن الجوزي في التحقيق: وقد روى بعضهم عن ابن عباس، عن النبي ﷺ أنه قال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»، قال: وإنما هو من كلام ابن عباس»، أي أنه موقوف.

(8) في الأصل: إلا.

(9) قال ابن العربي في أحكامه 1 / 424: «... وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما، فلا ينبغي لشاذ ـ فكيف لعالم ـ أن يركب معنى أحدهما على الآخر؟ فذلك تلبيس وإفساد للأحكام...».

(10) الحد: التعريف. والقول يشتمل على ما به الاشتراك، وما به الامتياز. ن: التعريفات 83.

(11) في الأصل: ذوي.

مِّنكُمْ هَدْيًا[1] بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: 95]. فثبت بهذه الآية وبالآية الأخرى أنهما حكمان لا وكيلان وأن إلى كل واحد ما إلى الآخر، لأن الله عز وجل قال: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: 35]. فأعلمنا جل اسمه أن أمرهما واحد. والله أعلم.

* * *

(1) الهدي: «هو ما ينقل للذبح من النعم إلى الحرم». التعريفات 256، وانظر أيضًا: الطلبة 80، والحلية 121، والأنيس 144، ولغة الفقهاء 493.

كتاب العدة[1] والنفقات[2]

مسألة [37]:

[في الأقراء ـ أهي الأطهار ـ أم الحيض؟]

عدة ذوات الحيض الأقراء، والأقراء هي الأطهار[3] مسألة[4] وبه قال الشافعي[5].

وقال أبو حنيفة: الأقراء الحيض[6].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: 228]، قالوا: فأوجب الله تعالى عليها ثلاثة أقراء كاملة، لأنه إذا طلقها في آخر الطهر[7] تحتسب به عندكم، وتعتد بعد ذلك بقرءين آخرين، وكذلك إن طلقها في وسط الطهر، أو بعد مضي مدة منه، فلم تعتد بثلاثة أقراء كاملة كما أمرها الله تعالى.

قالوا: ولأن النبي ﷺ قال للتي[8] استفتته[9] عن الحيض: «اقعدي أيام

---

(1) العدة: «ما تمكثه المرأة بعد طلاقها، أو وفاة زوجها، لمعرفة براءة رحمها» لغة الفقهاء 306.

(2) النفقة: «ما يجب من المال لتأمين الضروريات للبقاء، ويدخل في مسماه: الطعام والكسوة والسكنى». ن: الأنيس 168، ولغة الفقهاء 485.

(3) الأطهار: «الأزمنة التي بين الدمين»، البداية 2/ 67.

(4) قال في الإشراف 2 / 166: «الأقراء المعتد بها في العدة هي الأطهار»، وانظر أيضًا: البداية 2 / 67 - 68، والتفريع 2 / 114.

(5) قال في المهذب 2 / 143: «والأقراء هي الأطهار»، وقال في المجموع18 / 131 - 132 : «قال ابن بطال: واختلف أهل العلم في الأقراء، فذهب قوم إلى أنها الأطهار، وهو مذهب الشافعي رحمه الله. . .».

(6) قال في المبسوط 6 / 13: «وعدة التي تحيض ثلاث حيض».

(7) في الأصل: لا تحتسب، وهو خطأ.

(8) في الأصل: للذي.

(9) اللواتي استفتينه عليه السلام في هذا كثر: منهن حمنة، وأم حبيبة ابنتا جحش، وفاطمة بنت أبي حبيش، ولعل هذه الأخيرة هي المرادة هنا. ن: صحيح مسلم كتاب الحيض، باب=

أقرائك»[1]، فدل ذلك أنه اسم للدم حقيقة.

قالوا: ولأن الأقراء بدل من الأشهر، فلما كانت العدة بالأشهر ثلاثة كاملة، وجب أن تكون الأقراء كذلك ثلاثة كاملة. [هـ 165].

قالوا: ولأن العدة إنما وجبت لبراءة الرحم، فوجب أن يعين لها الحيض قياسًا على الاستبراء[2] [في][3] ملك اليمين. يبينه أن النبي ﷺ قال: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض»[4]، فجعل عليه السلام وجود الحيض [علامة][5] على براءة الرحم كالحمل سواء. [لأنه][6] لما كان وضعه علمًا على براءة الرحم في الحرائر والإماء، كان الحيض مثله.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، يعني لقبل عدتهن، ثم قال: ﴿وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ﴾ [الطلاق: 1]؛ وقد علمنا أن الطلاق لا يحل إيقاعه إلا في زمن الطهر، فيكون ذلك الزمن الذي يجوز فيه الطلاق، هو زمن[7]، العدة، بدليل حديث عمر رضي الله عنه، لما طلق ولده زوجته، وهي حائض، فسأل عمر عن ذلك

= المستحاضة وغسلها وصلاتها. والموطأ 51، وسنن أبي داود، باب المرأة تستحاض، ومن قال: تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض، وأحكام الجصاص، باب الأقراء 1 / 366، ونصب الراية 1 / 201 - 202، وترجمة فاطمة في الإصابة 13 / 79، والاستيعاب بهامش الإصابة 13 / 109 - 110.

(1) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما رواه الدارقطني في سننه 208/1 في كتاب الحيض، عن سليمان بن يسار أن أم سلمة استفتت النبي ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش، فقال: «تدع الصلاة قدر أقرائها، ثم تغتسل وتصلي».

(2) الاستبراء: هو «طلب براءة الرحم من الولد، أي خلوه عنه وعدمه، واستبراء الأمة والموطوءة بعقد فاسد تربصهما مدة يعلم بها خلو رحمهما من الولد». ن: النظم المستعذب بهامش المهذب 2 / 153، ولغة الفقهاء 58.

(3) تكملة لازمة.

(4) تقدم تخريجه.

(5) تكملة لازمة.

(6) تكملة لازمة.

(7) في الأصل: الزمن.

النبي ﷺ، فقال له: «مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر. ثم إن شاء طلقها قبل أن يمس، وإن شاء أمسك. فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»[1]. فبان وظهر بالكتاب والسنة أن طلاق المرأة لا يجوز إلا في زمن يعتد له. هذا حق الظاهر من كتاب الله ونبيه عليه السلام.

ولأنه قال: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ﴾، فأمر بإيقاع الطلاق للعدة، وهو الوقت الذي تعتد فيه، وتحتسب به في عدتها؛ وقد علمنا أن الطلاق المأذون فيه، هو الواقع في حال الطهر، لا في حال الحيض، فوجب أن يقع فيه الاحتساب عقيبه[2] بغير فصل.

ولأنه عليه السلام قرأ[3]: «فطلقوهن لقبل عدتهن»[4]، فظاهره أن العدة إنما تكون عقيب الطلاق، ليكون مطلقًا لقبل العدة. ولأن معنى[5] لقبل عدتهن: أي لاستقبال عدتهن، وفعل الاستقبال يقضي فعلاً مستقبلاً، فوجب أن يكون موجودًا في الحال لا في المال[6].

ولأن النبي ﷺ قال في حديث ابن عمر[7]، حين طلق امرأته في الحيض، فأمره برجعتها: «فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»، وذلك لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون راجعًا إلى جميع ما تقدم، أو إلى أقرب مذكور؛ وقد أجمعنا نحن وإياهم أنه لا يرجع إلى جميع ما تقدم، فلم يبق إلا أن يكون راجعًا إلى [ما][8] هو أقرب، والذي هو أقرب، الطهر.

---

(1) تقدم تخريجه.

(2) في الأصل: قبيه.

(3) في الأصل: قرى.

(4) قال ابن العربي في أحكامه 4 / 1825: «ولما أراد الله تعالى أن يبين أنها الطهر، قرأها النبي ﷺ: «لقبل عدتهن» تفسيرًا لا قرآنًا، رواها ابن عمر، وابن مسعود، وابن عباس».

(5) في الأصل: والآن معنا.

(6) في الأصل: المال.

(7) تقدمت ترجمته.

(8) تكملة يقتضيها السياق.

ولأنا أجمعنا على أن إيقاع الطلاق في أول الطهر سائغ[1]، بدليل قوله عليه السلام: «حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء طلق، وإن شاء أمسك»، فلولا أن الاحتساب للعدة[2] يقع عقيبه لنهى عليه السلام عن إيقاع الطلاق في أوله، لأن ذلك يؤدي إلى تطويل العدة عليها، كما نهى عليه السلام عن إيقاع الطلاق في الحيض.

ولأن المعتبر في عدة المتوفى عنهن أزواجهن، وذوات الشهور، الطهر دون الحيض، فوجب أن تكون ذوات[3] الحيض مثلهن، يعتبر في عدتها الطهر دون الحيض، والعلة الجامعة هي أنهن كلهن حرائر، فوجب تساويهن في العدة بالطهر.

ولأنه وقت مأذون بإيقاع الطلاق فيه، فوجب أن يقع الاحتساب به. دليله ما إذا طلقها حاملاً، أو كانت يائسة من الحيض، أو صغيرة.

ولأن الله تعالى قال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: 228]، وقال أبو بكر[4] بن الجهم من أصحابنا: «فثبوت الهاء في ثلاثة قروء يدل على أن المراد به الطهر دون الحيض، لأن الطهر مذكر[5]، فلو كان المراد [من][6] الآية [الحيض][7] لقال ثلاث قروء بحذف الهاء، لأن الهاء تثبت من الثلاثة إلى

---

(1) في الأصل: سائع.
(2) غير واضحة بالأصل، وقد أثبتناها هكذا اجتهادًا.
(3) في الأصل: ذات.
(4) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد بن الجهم بن حبيش، ويعرف بابن الوراق المروزي، صحب إسماعيل القاضي وسمع منه وتفقه معه، ومع كبار أصحاب ابن بكير، وغيره. روى عن إبراهيم بن حماد، وعبد الله بن أحمد بن حنبل، وغيرهما. له كتب جليلة على مذهب مالك، منها كتاب: الرد على محمد بن الحسن، وكتاب مسائل الخلاف، والحجة لمذهب مالك، وشرح مختصر ابن عبد الحكم الصغير، وكتاب بيان السنة: خمسون كتابًا. توفي سنة 329هـ.
(5) في الأصل: مذكور.
(6) تكملة يقتضيها السياق.
(7) تكملة لازمة.

العشرة في جمع المذكر، وتسقط[1] في جمع[2] المؤنث»، وهذا صواب لا إشكال فيه إن شاء الله.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: 228]، وأن ذلك يوجب أن يتربصن ثلاثة قروء كوامل، وأن ذلك لا يصح على أصل مذهبنا، فهو باطل كله، لأنها لو طلقت وهي حائض، فإنها لا تعتد ببقية الحيض، وتعتد بعد ذلك بثلاثة أقراء كوامل.

وقد قال ابن بكير[3] من أصحابنا: «إذا طلقت في بعض [الطهر][4]، فإن ذلك الباقي منه يعد طهرًا كاملاً، لأن ما قبل الطلاق لا حكم له، وليس القرء[5] عبارة عن جميع الطهر، وإنما هو عبارة عن الخروج من شيء إلى شيء، فإذا خرجت من الطهر الذي طلقت فيه إلى الحيض، فقد حصل لها قرء[6] كامل». [هـ 166].

وقال أبو بكر[7] ابن الجهم: «نحن نلتزم بما قالوه من أنها تعتد ببعض الطهر، ولا يضرنا[8] ذلك. لأن ذلك عبارة عن الزمان، قال: وقد أجاز[9] أهل اللغة أن يعبر عن البعض باسم الجمع. قال الله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ

---

(1) في الأصل: ويسقط.
(2) في الأصل: جميع.
(3) هو أبو بكر، أو أبو بكير محمد بن أحمد بن عبد الله بن بكير البغدادي التميمي، تفقه بالقاضي إسماعيل، وكان من أكبر أصحابه الفقهاء، روى عنه ابن الجهم، والتستري، والقشيري، وأبو الفرج، كان فقيهًا جدلاً، ولي القضاء، له كتاب في أحكام القرآن، وكتاب الرضاع، وكتاب مسائل الخلاف توفي سنة 305هـ. وسنه خمسون سنة.
ترجمته في المدارك 5 / 16، والديباج 2 / 185، والشجرة 78.
(4) تكملة لازمة.
(5) في الأصل: القروء.
(6) في الأصل: قروء.
(7) تقدمت ترجمته.
(8) في الأصل: نصرنا.
(9) في الأصل: جاز.

﴿مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: 197]، وإنما هما شهران وبعض الثالث[1]، وهذا هو الجواب عن بقية ما تعلقوا به من الظواهر.

فإن قالوا: فإذا [كان][2] القرء[3] عبارة عن الطهر، فبعض الطهر ليس بطهر[4]، كما أن بعض الحيض ليس بحيض، قيل لهم: هذا غلط، لأنا لا نسلم أن القرء عبارة عن عقيب انقطاع [الدم][5] إلى حين رؤيته، وإنما هو اسم للجنس، كما أن الحيض اسم للجنس، فإذا عبر به عن أعداد تناول ما يقع عليه الاسم منها، من وقت تعلق به الحكم، وما قبل ذلك، فلا اعتبار به جملة، ولا يسمى[6] قرءًا[7] على حال، لأنه لم يصادف طلاقًا؛ وإذا كان ذلك كذلك، لم تتربص[8] بعض ثلاثة أقراء كما قالوا، وإنما تربصت ثلاثة أقراء كوامل.

واحتجاجهم بقوله عليه السلام: «اقعدي أيام أقرائك»[9]، لا حجة لهم [فيه][10] لأنه عليه السلام إنما أمرها بترك الصلاة في أيام حيضها، لأن لفظ القرء يستعمل للأمرين جميعًا، إلا أن استعماله[11] في الطهر أعم، وإليه ذهب أبو عبيد[12]، ويدل عليه قوله عليه السلام: «طلقها في كل

---

(1) لم أقف على أصل هذا النقل.
(2) تكملة لازمة.
(3) في الأصل: القروء.
(4) في الأصل: تطهير.
(5) تكملة يقتضيها السياق.
(6) في الأصل: يسما.
(7) في الأصل: قرأ.
(8) في الأصل: يتربص.
(9) تقدم تخريجه.
(10) تكملة لازمة.
(11) في الأصل: استعمالها.
(12) هو أبو عبيد القاسم بن سلام الأزدي البغدادي، صاحب التصانيف، وأحد أعلام الأئمة. قال إبراهيم الحربي: كان أبو عبيد كأنه جبل نفخ فيه الروح يحسن كل شيء، وقال إسحاق: أبو عبيد أفقه مني وأعلم، وقال أحمد: أبو عبيد أستاذ، وقال أبو داود: ثقة مأمون، وقال=

قرء[1] طلقة»[2].

ولأن الطهر لا يسمى[3] قرءًا[4] إلا إذا خرجت منه إلى الحيض، لأن القرء في اللغة هو: الخروج من شيء إلى شيء، ويدل على أن القرء هو الطهر قول الأعشى[5].

وفي كل عام أنت جاشم[6] غزوة تشد لأقصاها عزيم[7] عزائكا
مورثة مالاً، وفي المجد[8] رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا[9]

= الدارقطني: جبل إمام صحب الشافعي، وكتب كتبه، غير أنه اختار، ولم يتجرد له، له مكانة عالية في اللغة. توفي سنة 224هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 92، والانتقاء 107، والخلاصة 312.

والذي في اللسان / قرأ: أن قرأ أبا عبيد قال: «والقراء يصلح للحيض والطهر. . .».

(1) في الأصل: قروء.

(2) لم أقف عليه.

(3) في الأصل: يسما.

(4) في الأصل: قرا.

(5) هو الشاعر المشهور ميمون بن قيس بن جندل الأعشى، صناجة العرب، ولد قبل 570م، بدرنا جنوب الرياض حاليًا، ومات بها سنة 3هـ، كان به عشى عمي منه بعدما تقدمت به السن، تنقل كثيرًا بين الشام، والعراق، واليمن، حتى الحبشة، وبعد عماه أصبح يعيش على مديح أمراء العرب، له ديوان شعر مطبوع.

انظر ترجمته في مقدمة تحقيق ديوانه 8 - 14.

(6) الجاشم: المتكلف على مشقة. الطلبة 113.

(7) العزيم: هو العزيمة، وهما اسمان من العزم على الأمر، والعزيم: العزم والجد، والعدو الشديد. ن: الطلبة 133، وديوان الأعشى 141، هامش 29 - 30.

(8) هكذا في الأصل، وفي الديوان 141: الحمد، وفي الطلبة 113: الحي.

(9) هذان البيتان من قصيدة للأعشى، تقع في 32 بيتًا، في مدح هوذة بن علي الحنفي، من البحر الطويل، مطلعها:

أتشفيك «تيا» أم تركت بدائكا وكانت قتولاً للرجال كذلكا

ومعنى البيتين:

لك في كل عام غزوة، أنت جاشمها، تجمع لها صبرك وجلدك، فتعود منها بالمال=

وقولهم: إن اليائسة من المحيض تقعد ثلاثة أشهر كوامل، قيل لهم: كذلك ذات الحيض تقعد ثلاثة [قروء][1] كوامل، وقد تقدم الكلام على ذلك.

واحتجاجهم ببراءة الرحم منتقض عليهم بعدة الحامل، لأن الغرض من عدتها معرفة براءة الرحم، وذلك لا يكون بالحيض، وإنما بوضع الحمل، أو بسبب من الأسباب يكون دالاً[2] على انقضاء العدة، لا على أن السبب في نفسه عدة، كما أن وضع الحمل علم على براءة الرحم، وانقضاء العدة، لا على أن نفس الوضع[3] عدة. والله أعلم.

* * *

= والمجد الذي يعوضك عما عانيت من البعد عن نسائك اللاتي يرقبن عودتك في شوق. ن: الديوان 141 - 138.

(1) تكملة لازمة.

(2) في الأصل: إلا.

(3) في الأصل: الموضع.

مسألة [38]:

[في من تزوجت في عدتها، ثم فسخ نكاحها، كم تعتد؟]

إذا تزوجت امرأة في عدتها، ودخل بها، ثم فسخ النكاح، فإنها تعتد بقية عدتها من الزوج الأول، ثم تعتد للثاني على أحد قولي[1] **مالك**، وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما، وهو **قول الشافعي**[2].

وقال مالك في القول الثاني: تتداخل العدتان، ويجزئها عنهما عدة واحدة وبه قال أبو حنيفة[3].

فوجه القول الأول: هو أن العدة حق للزوج الأول والثاني، في حفظ ماء كل واحد منهما ونسبه، وحق[4] للزوجة فيما يجب لها من النفقة والسكنى[5] إن كان طلاق الأول رجعيًا، وحق[6] لله عز وجل في لحوق النسب. وإذا كان ذلك كذلك، فقد تقرر لكل وطء من الوطئين حق، فيجب ألا يدخل أحدهما على الآخر.

ولأنه حق لآدمي، فجاز أن يدخل فيه حق لآدمي آخر، لأن بضع هذه

---

(1) قال في الإشراف 2 / 171: «إذا تزوجت في العدة، ووطئها الثاني، فهل تتداخل العدتان أو لا؟ روايتان...»، وقال في البداية 2 / 71: «وإذا تزوجت ثانيًا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان: إحداهما تداخل العدتين، والأخرى نفيه...».
وانظر: التفريع 2 / 119، ومسائل الخلاف 214 و: 2.

(2) قال في المهذب 2 / 150: «إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول، وتزوجت في عدتها بآخر، ووطئها جاهلاً بتحريمها، وجب عليها إتمام عدة الأول، واستئناف عدة الثاني، ولا تدخل عدة أحدهما في عدة الآخر..».

(3) قال في المبسوط 6 / 41: «وإذا تزوجت المرأة المعتدة من الطلاق برجل، ودخل بها، ففرق بينهما، فعليها عدة واحدة من الأول والآخر: ثلاث حيض، وهو مذهبنا...، وهو قول معاذ بن جبل رضي الله عنه»، وانظر تحفة الفقهاء 2 / 366، وإيثار الإنصاف 174.

(4) في الأصل: وحقا.

(5) في الأصل: والسكنا.

(6) في الأصل: وحقا.

المرأة صالح لقبول[1] هذين الحقين من غير تزاحم. دليله: سائر الحقوق.

ووجه القول الثاني: قوله عز وجل: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]، وقوله: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: 228]، وقوله: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: 4]، فلم يوجب جل وعز على المعتدة[2] إلا عدة واحدة.

فإذا وطئت ذات حبل بشبهة نكاح، أو ملك، كانت عدتها وضع الحمل، لأن وضعه علم على براءة الرحم، فلم يجب عليها أن تعتد بعد الوضع لوطء الشبهة ثلاثة أقراء، لعلمنا ببراءة رحمها بالوضع، وإذا كان ذلك كذلك، فقد تداخلت العدتان، فأجزأ فيهما[3] وضع الحمل.

ولأن السيد إذا وطىء أمته، ثم وطئت قبل استبرائها بشبهة، ثم أعتقها، فإنها تستبرىء بحيضة واحدة، وتدخل إحدى[4] العدتين في الأخرى[5].

ولأن من وطىء امرأة بنكاح صحيح، ثم وطئها بشبهة في غير نكاح، فإنها تقتصر على عدة واحدة، وتجزئها. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: القول.

(2) في الأصل: معتدة.

(3) في الأصل: فيها.

(4) في الأصل: أحد.

(5) في الأصل: الأخرا.

مسألة [39]:

[في المطلقة تقر بانتهاء عدتها، ثم تأتي بولد لستة أشهر]

إذا أقرت المرأة المطلقة بانقضاء عدتها، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدًا من يوم أقرت بانقضاء العدة، ثبت نسب ولدها من أبيه[1]. **وبه قال الشافعي**[2].

وقال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه منه[3].

واحتج أصحابه فقالوا: أتت بولد لمدة يجوز أن يكون العلوق[4] به من وطء حادث، بعد إقرارها بولد[5] بانقضاء العدة، إما بشبهة، أو نكاح، فلا يثبت نسبه من الأول. دليله ما إذا تزوجت بزوج آخر، فأتت منه من يوم دخل بها بولد لستة أشهر فصاعدًا؛ حيث يكون الولد له دون الأول. قالوا: لأنها أمينة فيما أخبرت به من انقضاء العدة، فلا يحمل قولها على الكذب ما أمكن حمله على الصدق؛ وقد حمل إقرارها على الصدق بأن يجعل هذا الولد لعلوق حادث.

---

(1) قال في الإشراف 2 / 167: «إذا طلقها فأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وقت انقضاء عدتها، ودون أربع سنين، لحق بالزوج».

(2) قال في المهذب 2 / 120: «وإن طلقها وهي غير حامل واعتدت بالأقراء، ثم وضعت ولدًا قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه... وإن أتت به لستة أشهر أو أربعة سنين أو ما بينها لحقه. وقال أبو العباس ابن سريج: لا يلحق... وهذا خطأ، لأنه يجوز أن يكون منه، والنسب إذا أمكن إثباته لم يجز نفيه.

(3) قال في المبسوط 6 / 50: «وإذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالحيض في مدة يحيض فيها مثلها ثلاث حيض، ثم جاءت بالولد، فإذا جاءت لأقل من ثلاثة أشهر ثبت النسب ليقيننا بكذبها فيما قالت، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت إقرارها، لم يثبت النسب عندنا، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يثبت النسب منه ما لم تتزوج، ثم تأتي به لستة أشهر...».

(4) العلوق: الحبل. ومنه علقت المرأة إذا حبلت. انظر: المغرب 326.

(5) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

معتمدهم في هذه المسألة هو: أن الأمين لا يكذب في خبره إذا وجد في خبره محل صدق [هـ 167].

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن سبب[(1)] ثبوت النسب موجود. دليل وجوده: توهم العلوق بالولد حال النكاح، فإنه لا يمكن اعتبار سبب[(2)] سوى هذا السبب، لأن استقراء الماء في الرحم لا يمكن الوقوف عليه، وليس الوطء[(3)] أيضًا[(4)] مما يظهر للناس، فبقي مجرد إمكان العلوق بالولد في حال النكاح معه وحده[(5)] سبب ثبوت نسب الولد، فوجب ألا يقطع نسبه لوجوب حقه في إثبات نسبه ثانية، وثبوت نسبه مما يجب الاحتياط[(6)] عليه، والاحتفاظ به.

فإذا ثبت هذا فقولهم: يجوز أن يكون العلوق به من وطء حادث، غير مسلم، لأنا نقول له: ويجوز أن يكون العلوق به من وطء غير حادث؛ بل من النكاح الذي وجبت منه العدة، فقابل الجائز الجائز[(7)]: بل ما قلناه أولى[(8)] بالاعتبار، لأن الإمكان معتبر في إثبات النسب، واعتبار تجويزهم، إنما هو في نفي[(9)] النسب، وإثبات نسب هذا المولود، أحق من نفيه[(10)] لما تقدم بيانه.

وقولهم: دليله: ما إذا تزوجت زوجًا آخر غير لازم، لأن الولد في تلك الصورة لاحق النسب بأبيه بغير خلاف، ومسألتنا التي اختلفنا فيها: نحن نثبت

---

(1) في الأصل: نسب.
(2) في الأصل: نسب.
(3) في الأصل: الوطني.
(4) في الأصل: أيضى.
(5) في الأصل: وحد.
(6) في الأصل: الاحتلاط.
(7) في الأصل: بالجائز.
(8) في الأصل: أولا.
(9) في الأصل: بقي.
(10) في الأصل: بقية.

نسب الولد، وهم[1] ينفونه.

وقولهم: إنها أمينة فيما أخبرت به، صحيح، وذلك يفيد عندنا حلها للأزواج، لأن براءة رحمها أمر ظاهر، بعمله إما بانقطاع الدم، أو غيره، وأما العلوق فأمر خفي، ولقوة خفائه، يثبت نسب الولد، ولم يصح نفيه. وهذا الجواب عن قولهم: إن الأمين لا يكذب خبره. فنحن قد صدقناها في خبرها في انقضاء العدة؛ إذ هو الظاهر، ولم يصح استرسال[2] ذلك الإقرار على نفي نسب الولد. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: وهو.

(2) الاسترسال: «الانجرار من الشيء إلى غيره...» لغة الفقهاء 61.

مسألة [40]:

[في أم الولد، بكم قرء تستبرئ رحمها إذا مات عنها سيدها أو أعتقها؟]

إذا أعتق السيد أم[1] ولده، أو مات عنها، وهي من ذوات الحيض، استبرأت رحمها بقرء واحد[2]. وبه **قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: تستبرىء بثلاثة أقراء[4].

واحتج أصحابه، فقالوا: تربص وجب عن زوال فراش، فلم يصح الاكتفاء فيه بقرء[5] واحد. دليله: الزوجة.

قالوا: ولأن الفراش ثابت[6] على أم الولد بثبوت نسب ولده، وهو فراش محترم بحرمة النسب، فزواله بموت أو إعتاق، يوجب قضاء حقه بوجوب العدة، كفراش المنكوحة سواء، وحق الفراش لا ينقضي إلا بعدة كاملة.

قالوا: فإن قلتم إن فراش أم الولد، فراش ناقص، لأنه فراش بملك يمين، فهو كذلك، لكنه تأكد بالحرية العارضة فيه. فالتربص إنما وجب عليها حين وجب، وهي حرة، والأصل في تربص الحرائر أن يتربصن بوظيفة

---

(1) أم الولد: «الأمة التي حملت من سيدها، وأتت بولد». لغة الفقهاء 88.

(2) قال في الإشراف: 2 / 172: «أم الولد إذا توفي سيدها، استبرأت بحيضة، وحكي عن عمرو بن العاص أنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا»، وقال في البداية 2 / 72: «وأما أم الولد، فقد قال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة: عدتها حيضة. وبه قال ابن عمر...». وانظر: المنتقى 4 / 107 - 108، والتفريع 2 / 117.

(3) قال في المهذب 2 / 154: «وإن أعتق أم ولده في حياته، أو عتقت بموته، لزمها الاستبراء، لأنها صارت بالوطء فراشًا له، وتستبرأ كما تستبرأ المسبية...» أي: بحيضة.

(4) قال في المبسوط 6 / 54: «وإذا مات عن أم ولده أو أعتقها، فعدتها ثلاث حيض».

(5) في الأصل: بقروء.

(6) في الأصل: نانت.

كاملة[1]، فإذا وجدت الحرية حين وجوب التربص، كملت[2] الوظيفة.

قالوا: ولأن النقصان الحكمي الذي[3] كان في الفراش، قد زال بزوال الرق، بتبديله بالحرية..

قالوا: ألا ترى لو أن رجلاً تزوج أمة، فدخل بها، ثم قال لها: إن أعتقك سيدك فأنت طالق، فأعتقها سيدها، فإنها تطلق عليه، وتعتد بثلاثة أقراء؟ قالوا: فكذلك مسألتنا.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الواجب عليها محض تربص، لاستبراء رحمها من ماء موضوع في ملك يمين، فاكتفي فيه بقرء[4] واحد. دليله: استبراء المملوكة في الشري[5]، وذلك أن هذا التربص إنما وجب عليها صيانة لماء السيد أن يختلط بماء غيره، وهذا هو الغرض المقصود من الاستبراء، وذلك يحصل بالقرء[6] الواحد، فلا معنى لزيادة شيء آخر، لأن بالقرء[7] الواحد يعلم براءة رحمها.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: تربص وجب عن زوال فراش، غير مسلم؛ بل إنما وجب لصيانة ماء السيد على ما سبق بيانه، وكذلك الجواب عن هذه الحرة المنكوحة، إنما وجب حفظًا لماء الزوج، وصيانة للأنساب[8]؛ إلا أن الماء برحم الحرة ماء شريف، بشرف المحل الذي هو فيه، لأن المحل بضع حرة، وذلك البضع الشريف لا يستباح إلا بنكاح، والنكاح سبب شريف؛ إذ به يستباح هذا البضع المحترم الشريف، فوجب على الحرة لذلك ثلاثة أقراء، في

---

(1) في الأصل: الكاملة.
(2) في الأصل: كمله.
(3) في الأصل: إذا.
(4) في الأصل: بقرو.
(5) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: الشرى، أي الشراء.
(6) في الأصل: بالقرو.
(7) في الأصل: بالقرو.
(8) في الأصل: الأنساب.

مقابلة كل شرف قرء. وهذا في أم الولد، وملك[1] اليمين معدوم، لكن ماء السيد الذي في رحمها شريف محترم، فوجبت صيانته بما يكون سببًا لحفظه، وذلك قرء واحد.

وأما الأمة [المنكوحة][2]، فإنها تتربص بقرئين[3]، لوجود شرفين[4] فاكتفي بزيادة قرء[5] واحد مع القرء الذي كان يجب عليها في الأصل، ولأنها خرجت من نكاح إلى ملك.

وقولهم: إن التربص إنما وجب لقضاء حق الفراش. لا وجه له جملة.

وتشبيههم فراش أم الولد بفراش المنكوحة، باطل. لأن السيد نقل فراش أم ولده إلى غيره بالنكاح، وذلك [هـ 168] له جائز، ولا يجوز له ذلك في المنكوحة. فبان الفرق بينهما واتضح.

وقولهم: ولأنه تأكد[6] بالحرية، غلط، لأن الزائل لا يتأكد، ولأن الفراش في أم الولد فراش ملك يمين، والحرية تنافي فراش ملك اليمين، فكيف يتصور تأكيده[7] بها؟

فأما مسألة من أعتق أمته، وهي تحت زوج، ثم طلقها زوجها للشرط الذي عقد فيها على نفسه متى أعتقها سيدها. فالجواب عنها أن الماء قد شرف بالحرية، والفراش قد كمل بالحرية، [والحرية][8] إنما وردت على فراش مستقر، ثم تعقبها الطلاق، بخلاف مسألتنا.

---

(1) في الأصل: وذلك.
(2) تكملة لازمة.
(3) في الأصل: بقروين.
(4) في الأصل: أحد الشرفين، وهو خطأ، والله أعلم. والشرفان المقصودان: شرف النكاح، وشرف ماء السيد.
(5) في الأصل: قرو.
(6) في الأصل: أكد، ولعل الصواب ما أثبتناه بدليل تقدمه كذلك في أول المسألة، وبدليل ما بعده.
(7) في الأصل: تأكيدها.
(8) تكملة يقتضيها السياق.

كتاب النفقات

مسألة[1] [41]:

[في حكم نفقة المبتوتة الحائل]

المبتوتة[2] إذا كانت حائلاً[3] لا نفقة لها. **وبه قال الشافعي**[4].

وقال أبو حنيفة: لها النفقة حتى تنقضي عدتها[5].

واحتج أصحابه، فقالوا: حبس النكاح عليها، فوجب لها النفقة، لأن بالتمكين منها وطئًا، صارت بيد الزوج الواطىء محبوسة، لأن يده عليها قائمة بعد الطلاق الذي أبتها[6] به، لبقاء العدة. وزعموا أن النفقة إنما هي بدل الحبس[7]. قالوا: وهذا صحيح على مناهج الشرع، لأن

---

(1) ليست بالأصل.

(2) المبتوتة: «المطلقة طلاقًا بائنًا» لغة الفقهاء 400، وانظر: المغرب 33، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 20.

الحائل: «الأنثى التي لا تحمل، ضد الحامل». لغة الفقهاء 171. والحائل هنا: غير الحامل.

(3) قال في البداية 2 / 71: «اختلفوا في سكنى المبتوتة، ونفقتها، إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال: أحدها: أن لها السكنى والنفقة، وهو قول الكوفيين. والقول الثاني: أنه لا سكنى لها ولا نفقة، وهو قول أحمد، وداود وأبي ثور، وإسحاق، وجماعة. والثالث: أنها لها السكنى، ولا نفقة لها، وهو قول مالك والشافعي». وانظر: التفريع 2 / 111.

(4) قال في المهذب 2 / 164: «فإن طلقها طلاقًا دائمًا، وجب لها السكنى في العدة، حائلاً كانت أو حاملاً، لقوله عز وجل: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾، وأما النفقة فإنها إن كانت حائلاً لم تجب، وإن كانت حاملاً وجبت، لقوله عز وجل: ﴿وإن كن أولات حمل، فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾، فأوجب النفقة مع الحمل، فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل».

(5) قال في المبسوط 2 / 201: «ولكل مطلقة بثلاث، أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة. . .».

(6) في الأصل: انتها.

(7) أي المنع من التزوج مدة العدة.

الأصل[1] المعروف شرعًا ومعقولاً، أن الشخص إذا احتبس على شخص[2] لفك حق لذلك الشخص[3]، فإن الشرع أجرى[4] له رزقًا في مال من احتبس عليه كفاية له، ليتفرغ ذلك المحبوس لقضاء ذلك الحق الذي له احتبس، وهذا كأرزاق القضاة[5]، والفقهاء، ومن في معناهم. وهذا في موضوع الشرع صحيح، وفي معقول التعارف صريح. قالوا: فكذلك المبتوتة، لما كانت محبوسة على الأزواج، لأجل العدة التي وجبت عليها، لحفظ ماء الزوج الذي طلقها، وجبت عليه نفقتها؛ إذ هو الحابس لها على الأزواج. قالوا: فترك إيجاب النفقة عليها محض ظلم، والشرع لا يرضى[6] بالظلم.

واستدلوا على صحة هذا الأصل، بوجوب السكنى[7] لهذه المبتوتة، وبوجوب النفقة، إذا كانت حاملاً.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، فأطلق عز وجل إيجاب السكنى[8] للمطلقات، وقيد إيجاب النفقة بوجود[9] الحمل، فلو أوجبنا النفقة على الإطلاق، مثلما أوجبنا السكنى، لأدى ذلك إلى إبطال فائدة التقييد[10]. وقد قال جماعة من العلماء:

---

(1) الأصل هنا: القاعدة.
(2) في الأصل: شقص.
(3) في الأصل: الشقص.
(4) في الأصل: أجرا.
(5) في الأصل: القضا.
(6) في الأصل: يرضا.
(7) في الأصل: السكنا.
(8) في الأصل: السكنا.
(9) في الأصل: بوجو.
(10) التقييد: «إدخال الشروط والصفات على المطلق». لغة الفقهاء 142.

إن المطلق[1] يحمل على المقيد[2]، ولم يقل أحد، إن المقيد يحمل على المطلق.

ولأنه جل وعز قال: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ﴾ [الطلاق: 6]، وإن كله شروط، فإنما أوجب النفقة بشرط وجود الحمل، وهذا لأن المشروطات إنما تلزم بوجود شرطها، كقوله عز وجل: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وقوله: ﴿وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ﴾ [الطلاق: 6]، ﴿فَإِنۡ عَلِمۡتُمُوهُنَّ مُؤۡمِنَٰتٖ فَلَا تَرۡجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلۡكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: 10]، ﴿فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النساء: 25]، وإن دخلت الدار فأنت طالق، وما أشبه ذلك.

وقد روى جرير[3] عن مغيرة[4] عن الشعبي[5]، قال: قالت فاطمة[6] بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا على عهد رسول الله ﷺ، قالت: فقال رسول الله

---

(1) المطلق: «هو اللفظ الواقع على صفات لم يقيد ببعضها، كالرقبة في قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾، فهي واقعة على صفات متغايرة، من كفر وإيمان، وذكورة، وأنوثة، وصغر، وكبر، وتمام، ونقصان، ولم تتقيد بصفة تتميز بها. ن: الحدود 47.

(2) المقيد هو: «اللفظ الواقع على صفات قد قيد ببعضها، كالرقبة في قوله عز وجل: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة...﴾، فإنها واقعة على المؤمنة والكافرة، فلما قيدت هنا بالإيمان، كانت مقيدة من هذا الوجه. ن: الحدود 48، وفي الأصل: التقييد لا المقيد، ولعل الصواب ما أثبتناه والله أعلم.

(3) المسمون بهذا الاسم كثر والأقرب إلى أن يكون هو المراد ـ والله أعلم ـ هو أبو النضر جرير بن حازم بن زيد بن عبد الله الأزدي البصري، روى عن أيوب وغيره، وعنه ابن عيينة وابن مهدي وغيرهما. خرج له الجماعة، توفي سنة 170هـ.
ترجمته في طبقات الحفاظ 92، والخلاصة 61.

(4) هو أبو هاشم أو هشام بن مقسم الضبي الكوفي، روى عن أبيه، ومجاهد، والشعبي، وعدة. وثقه العجلي. خرج له الجماعة. مات سنة 133.
ترجمته في طبقات الحفاظ 66، والخلاصة 385.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمتها، وزوجها هو أبو عمر بن حفص. ن: صحيح مسلم 4/ 195.

ﷺ: «لا نفقة لك»[1]. وهذا الخبر في الصحيحين[2].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من الحبس، فالجواب عنه: أنا نعلم قطعًا أن الزوج المطلق لها، لا يد ملك له عليها جملة، وإنما كانت له عليها بذلك قبل الطلاق، فلما أبت طلاقها بالثلاث، بطلت تلك اليد، وإنما ذلك الحبس عدة عليها شرعًا، وإذا وجب الحبس شرعًا، لم يجب عليه نفقة جملة، وهذا الحبس الشرعي، إنما وجب صيانة لماء هذا الزوج، خوف أن يكون منه ولد، وإن لم يكن منه ولد، فلا جرم أنه لا نفقة لها جملة، وإن ظهر بها حمل فلا جرم أن لها عليه حينئذ النفقة، وهذا أشبه، والتي[3] بكتاب الله، والسنة الواردة عن رسول الله ﷺ، لأن الحبس لم يجب للماء، وإنما وجب للولد، فإن لم يكن ولد، فلا ماء، لأن الحمل يظهر ويعرف، وعدمه أيضًا يعرف، فوجب لذلك أن يدار الحكم على الظاهر الأغلب. وبهذا يبطل كل ما احتجوا به من الحبس.

واستشهادهم بأرزاق القضاة[4] والفقهاء. غير لازم، لأنها مصالح لم تكن بنص، وإنما كانت اجتهاد رأي، وكفايتها[5] في بيت المال، وليست على شخص معين، بخلاف مسألتنا.

أما ما احتجوا به من وجوب السكنى للمبتوتة، والنفقة للحامل، فإنه

---

(1) لم أقف عليه من هذه الطريق بهذا اللفظ، وهو في الموطأ 397، بلفظ: «ليس لك عليه نفقة». وفي مسلم من كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، به، وبنحوه، من طرق عديدة.

(2) هو في مسلم كما سبق. ولا وجود له في البخاري، ولعل القول بوجوده فيه وهم من المؤلف، والله أعلم. فقد قال في الفتح 9 / 421: «هكذا أخرج مسلم قصتها (أي فاطمة بنت قيس) من طرق متعددة عنها، ولم أرها في البخاري... ووهم صاحب العمدة فأورد حديثها بطوله في المتفق». وقال في نصب الراية 3 / 272: «أخرجه الجماعة إلا البخاري...».

(3) هكذا في الأصل، ويحتمل أنها زائدة.

(4) في الأصل: القضا.

(5) في الأصل: كفاسة.

فاسد، لأنهم قاسوا الحائل على الحامل، وذلك قياس يتضمن إسقاط تقييد[1] ما ورد به نص كتاب الله تعالى[2]. لأنه تعالى أطلق إيجاب[3] السكنى بقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6]، وقيد إيجاب النفقة بوجود الحمل، فقال جل وعز: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، فاستعمال القياس مع نص كتاب الله عز وجل، وتقرينه[4] بين الحكمين، باطل. [هـ 169].

* * *

(1) في الأصل: تنفيذ.
(2) في الأصل: تعالا.
(3) في الأصل: إيجاز.
(4) في الأصل: تصريف.

مسألة [42]:

[في من أعسر بالنفقة، هل يفرق بينه وبين زوجته أم لا؟]

إذا أعسر[1] الزوج بنفقة امرأته، فرق بينه وبينها[2]. **وبه قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: لا يفرق بينهما بعدم النفقة على حال[4].

واحتج أصحابه فقالوا: النفقة مال وجب بعقد النكاح، فالعجز عنه لا يوجب الفرقة. دليله المهر.

قالوا: ولأن المال تبع في باب النكاح، سوى كان نفقة أو مهرًا، بدليل النكاح إنما وضع للسكن، والازدواج، والتناسل والتوالد، والمال فيه تبع.

قالوا: وقد علم أن النكاح لا يعقد لطلب المال، ولا شرع لأجله، وإنما شرع لما بيناه، ولقضاء وطر الشهوة، فدل ذلك على أن المال له تبع، وفوات التبع لا يوجب رفع الأصل جملة الذي هو المتبوع.

---

(1) الإعسار: «عدم القدرة في الحال على أداء ما ترتب في الذمة من حقوق مالية». لغة الفقهاء 77.

(2) قال في الإشراف 2 / 177: «إذا أعسر بالنفقة، ثبت لها المطالبة بالفراق»، وفي المنتقى 4 / 131: أن «مذهب مالك رحمه الله، أن الإعسار بالنفقة والمؤونة، يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه، وبين أن تقيم معه بلا نفقة. . .»، وقال في البداية 2 / 39: «وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد، وجماعة: يفرق بينهما، وهو مروي عن أبي هريرة، وسعيد بن المسيب».

(3) قال في المهذب 2 / 163: «إذا أعسر الزوج بنفقة المعسر، فلها أن تفسخ النكاح. . .»، وقال في المجموع 18 / 269: «وإن أعسر بنفقة المعسر، كانت بالخيار بين أن تصبر، وبين أن تفسخ النكاح. وبه قال عمر وعلي، وأبو هريرة، وابن المسيب، والحسن البصري، وحماد بن أبي سلمة، وربيعة، ومالك، وأحمد».

(4) قال في تحفة الفقهاء 2 / 240: «ولو طلبت الفرقة لعجز الزوج عن الإنفاق عليها، فإن القاضي لا يفرق بينهما، وليس لها حق الفسخ».

وسبب الاختلاف في هذه المسألة ـ كما في البداية 2 / 39 ـ هو: «تشبيه الضرر الواقع من ذلك (أي من الإعسار)، بالضرر الواقع من العنة، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين، حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع. . .».

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ[1] أَوۡ تَسۡرِيحُۢ[2] بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: 229]، وقوله عز وجل: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ﴾ [الطلاق: 2]، فأمر عز وجل بواحد منهما على الحتم: إما الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، فإذا فات أحدهما، وجب[3] الآخر وتعين، فإذا كان معسرًا بالنفقة، فقد عدم الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان، فإذا لم يفعل، فرق القاضي بينهما، لأن إيصال حقها إليها واجب، فإذا امتنع من ذلك، ناب عنها القاضي في الإيصال كسائر الحقوق، والدليل على أن الإمساك بالمعروف فائت إذا لم ينفق، هو أن النفقة إنما وجبت لكفاية الحاجات على ممر الأوقات، تجب[4] يومًا فيومًا، لأن الحاجة تحدث يومًا فيومًا؛ وقد فاتت النفقة في مسألتنا مع وجود الحاجة إليها، ففات الإمساك بالمعروف[5]، ألا ترى أنه إذا كان مجبوبًا[6]، أو خصيًا[7] أو عنينًا[8]، فإنه يفرق بينه وبينها، إنما وجب التفريق لعدم الإمساك بالمعروف؛ بل عدم النفقة أشد وأشق، والحاجة إليها أمس من الحاجة إلى الوطء، وهذا كله بين لا إشكال فيه إن شاء الله.

---

(1) الإمساك بالمعروف: «هو إبقاؤها على النكاح بالخير، والطريق المرضي في الشرع، وذلك بالرجعة» الطلبة 114.

(2) التسريح: «التخلية والإرسال» الطلبة 114.

(3) في الأصل: ويجب.

(4) في الأصل: يجب.

(5) في الأصل: المعروف.

(6) المجبوب: «المقطوع الذكر والخصيتين». الأنيس 166، انظر: المغرب 74، والطلبة 101، وغريب المدونة 85.

(7) الخصي: «مقطوع الخصيتين». الأنيس 166، انظر: المغرب147، والطلبة 101، وغريب المدونة 85.

(8) العنين: «هو من لا يقدر على الجماع لمرض، أو كبر سن، أو يصل إلى الثيب دون البكر». التعريفات 258، وانظر: الطلبة 100، والمغرب 329، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 48، والأنيس 156.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن النفقة مال وجب بعقد، فالعجز عنه لا يوجب الفرقة. دليله: المهر. غير صحيح؛ إذ لا جمع بينهما، لأن الفرقة إنما وجبت كفاية، ولهذا تجب[1] حالاً فحالاً، والمهر ليس كذلك، لأنه دين لزم ذمته، فالعجز عنه لا يوجب الفرقة، كدين عليه غير المهر.

وقولهم: إن المال تبع للنكاح، غير مسلم؛ بل نقول إن النكاح عقد معارضة، والمال يصلح مقصودًا في المعاوضات؛ إذ به يملك الأعيان المالية، والمنافع البضعية، وما في معنى[2] ذلك. فإن سلمنا لهم أن المال تبع، فنقول لهم على التسليم: هو وأن[3] كان تبعًا يفوت بفواته مقصود عظيم، وهو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان؛ إذ لا بد من واحد منهما حتمًا وجزمًا[4]، وإلا لحقها الضرر. والضرر منهي عنه. قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾ [الطلاق: 6][5] وقال: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا[6] لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾ [البقرة: 231]. ولأن النفقة حق من حقوق النكاح، وثمرة من ثماره.

وقد يجوز أن يقال لهم: إن الوطء في النكاح أيضًا[7] تبع كالنفقة على ما قلتم أنتم، ومع كونه تبعًا، فإن الفرقة تجب عندنا وعندكم بالجب، والعنة[8]، والخصاء، فما كان جوابكم عنه في وجوب الفرقة، فهو نفس جوابنا عن وجوب الفرقة بعدم النفقة. وهذا هو الجواب عن بقية كلامهم. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: يجب.

(2) في الأصل: معنا.

(3) في الأصل: إن.

(4) في الأصل: وحزما.

(5) وفي الأصل: لا تضاروهن، وهو خطأ.

(6) وضراراً: مضارة لهن. كلمات القرآن 31.

(7) في الأصل: أيضى.

(8) في الأصل: العته.

مسألة [43]:

[في حكم النفقة على الأقارب]

نفقة القرابة غير واجبة إلا للوالدين والأولاد ذكورهم وإناثهم[1]. وبه قال الشافعي[2].

وقال [أبو حنيفة][3]: تجب[4] «لكل ذي رحم محرم من القرابة»[5].

واحتج أصحابه فقالوا: قرابة مستحقة الصلة، محرمة القطيعة تحريم نكاح الأمهات والبنات والأخوات، ومن في معناهن وإنما حرم نكاحهن تعظيمًا، وتكريمًا، وخيفة من قطيعة الرحم[6]. قالوا: وكذلك يحرم الجمع بين الأختين في النكاح، وحرم نكاح المرأة[7] على عمتها أو خالتها، كل ذلك[8] احترازًا[9] من قطيعة الرحم.

---

(1) انظر المدونة 2 / 251 - 252، والإشراف 2 / 178، وفيه: «وقال الشافعي: يجب عليه لكل ذي رحم محرم منه كالإخوة والأخوات وغيرهم»، وهو وهم، والصواب: أنه قول أبي حنيفة. ن: المجموع 18 / 297، وتحفة الفقهاء 2 / 241.

(2) إلا أنه يخالف المالكية في اعتباره الجد أبًا، وابن الابن ابنًا. ن: المهذب 2 / 165 - 166، والمجموع 18 / 291 - 297.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: يجب.

(5) قال في تحفة الفقهاء 2 / 241: «واختلفوا في رحم محرم كالأخوة، والعمومة، والخؤولة، فعندنا تجب»، وقال في المبسوط 5 / 223: «وكذلك يجبر على نفقة كل ذي رحم محرم منه الصغار والنساء، وأهل الزمانة من الرجال، إذا كانوا ذوي حاجة عندنا»، وانظر: البدائع 4 / 31 - 34.

(6) الرحم في الأصل: «منبت الولد ووعاؤه في البطن، ثم سميت القرابة من جهة الولادة رحمًا... وفي التنزيل: ﴿أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾». المغرب 186.

(7) في الأصل: الأم.

(8) في الأصل: ملك.

(9) في الأصل: احتراز.

قالوا: فترك إيجاب النفقة عليهم، قطيعة للرحم، لأنا إذا لم نوجب النفقة، لم ينفق، فيهلك[1] قريبه، لعدم الإنفاق عليه، والرفق به، «ثم إن يهلك»[2] لحقه الضرر الشديد[3]، والأذى[4] العظيم. وتعريض قريبه لهذه الحال مع إمكان إزالتها قطيعة للرحم، وقطع الرحم بهذا أعظم من قطعه بالجمع[5] بين الأختين، أو بنكاح إحدى[6] ذوات المحارم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الأصل في النفقات ألا تجب لأحد على أحد، لأن النفقة كفاية لمن تجب له النفقة، وكفاية أهل الحاجات في بيت مال المسلمين.

ولأن كل مال، هو حق لصاحبه على الخصوص، فاختصاصه به يمنع ثبوت حق لغيره فيه إلا بوجه مشروع. والدليل على صحة هذا الأصل. هو أن الأخ والأخ ليس بينهما إلا القرابة [هـ 170]، ومجرد القرابة لا يكون سببًا لوجوب حق لأحدهما على الآخر. دليله: ما لو كانا غنيين؛ حيث لا يجب لواحد منهما على الآخر شيء. فأما إذا كان أحدهما فقيرًا محتاجًا فكفايته في بيت مال المسلمين، لأنه ماله ومال المسلمين «وهذا من ذوي الحاجات من عبيد»[7].

وأما نفقة الوالدين والأولاد، فإنما وجبت بالإجماع[8]، والإجماع معدول به عن القياس، أو بنص الكتاب، وهو قوله عز وجل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ

---

(1) في الأصل: هلك.

(2) في الأصل: ثم يهلك.

(3) في الأصل: بالتشديد.

(4) في الأصل: والأذا.

(5) في الأصل: بالجميع.

(6) في الأصل: أحد.

(7) هكذا في الأصل ولم أهتد إلى إقامته.

(8) انظر مراتب الإجماع 79.

والإجماع: «اتفاق علماء العصر على حكم الحادثة». الحدود 63، والتعريفات 10.

﴿ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ ﴾ [البقرة: 233]. ولأن الوالدين [والأولاد][1] فبعض[2]، بعضهم من بعض، والبعضية[3] وصف مؤثر، لأنه متى كان بينهم بعضية، فإنه يصير أحدهم كالآخر، فكما يجب على الإنسان نفقة نفسه، يجب عليه نفقة بعضه، وهذا[4] المعنى معدوم فيما سوى[5] الوالدين والأولاد من القرابات كلها.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قولهم: قرابة مستحقة للصلة، محرمة القطيعة، فالجواب عنه: أن قطيعتهم محرمة كما قالوا. وأما وجوب الصلة بالمال، فغير مسلم، لأن ترك الإنفاق عليهم، ليس فيه قطيعة رحم، وما ذكروه من تحريم المناكحة[6] فليس تحريم نكاحهن من جهة الصلة، لأن ذلك فرض[7] بعيد.

وقولهم: إن في ترك الإنفاق هلاك قريبه إلى آخر ما ذكروه، غير لازم، لأن نفقته عليه لا تتعين على ما سبق، وإنما نفقته إذا احتاج في بيت المال. اللهم إلا أن يضطر كثيرًا، ويخاف على نفسه، ويعوزه سبب يحصل منه النفقة، فإن نفقته حينئذ واجبة على من له قدرة، كان قريبًا له أو بعيدًا منه. والله أعلم.

* * *

---

(1) تكملة لازمة.

(2) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(3) في الأصل: البعضية.

(4) في الأصل: ولهذا.

(5) في الأصل: سوا.

(6) في الأصل: المباكحة.

(7) في الأصل: محض. ولعل الصواب ما أثبتناه والله أعلم.

مسألة [44]:

[في نفقة الزوجة، هل تصير دينًا على الزوج وإن لم يقض بها القاضي أم لا؟]

نفقة الزوجة تصير دينًا على الزوج، وإن لم يقض بها القاضي، ولا تسقط عنه بمضي الزمان[1]. **وبه قال الشافعي**[2]

وقال أبو حنيفة: لا تصير دينًا، إلا أن يتصل بها قضاء قاض[3].

واحتج أصحابه فقالوا: النفقة على الزوجة صلة، وليست بعوض عن شيء، لأنها لو كانت عوضًا، لكانت عوضًا عن البضع، وكونها عوضًا عن البضع لا يصلح، لأن المهر قد وجب عوضًا عنه، فلا يجب عوض آخر. وإذا ثبت أنها صلة، لم يصح أن تصير دينًا، وإنما النفقة جزاء الاحتباس على ما سبق بيانه لهم في مسألة المبتوتة.

قالوا: وأما إذا اتصل بها قضاء قاض، فإنها تصير دينًا بأحد وجهين: إما لأنها بالقضاء انتقلت من الصلة إلى الدين. و[إما][4] لأنها تشبه العوض من وجه لوجوبها بالعقد، ولهذه الشبهة تصير دينًا إذا اتصل بها قضاء قاض، وإن لم تكن دينًا بنفسها[5].

---

(1) انظر الإشراف 2 / 178 - 179، والمجموع 18 / 275، والإفصاح 2 / 182.

(2) قال في المهذب 2 / 164: «إذا وجد التمكين الموجب للنفقة، ولم ينفق حتى مضت مدة، صارت النفقة دينًا في ذمته، ولم تسقط بمضي الزمان..»، وقال في المجموع 18 / 275: «نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، فإذا مكنت المرأة الزوج من نفسها زمانًا، ولم ينفق عليها، وجبت لها نفقة ذلك الزمان سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها. وبه قال مالك وأحمد».

(3) قال في تحفة الفقهاء 2 / 236: «ثم نفقة الزوجات لا تصير دينًا إلا بقضاء القاضي، أو بتراضي الزوجين، فإن لم يوجد أحد هذين، فإنها تسقط بمضي الزمان، لأنها وجبت صلة جزاء الحبس، لا عوضًا عن الوطء، هذا عندنا». وانظر أيضًا: البدائع 4 / 29.

(4) تكملة يقتضيها السياق.

(5) في الأصل: بنفسه.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: 34]، فالنفقة آخر ما في القوامية، فوجب أن تصير دينًا بنفسها. دليله: المهر.

وقد أجمع أهل التفسير على أن المراد بقوله عز وجل: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[1]، أنه النفقة والمهر، فإذا ثبتت[2] القوامية، لزم وجوبها[3]، ومحل الوجوب الذمة[4]، وما وجب في الذمة، لا معنى لسقوطه بمضي الزمان.

ولأنها [لو][5] لم تكن واجبة في الذمة من قبل، لم يجز قضاء القاضي بها.

ولأن عقد النكاح يشتمل على الزوج والزوجة بالسواء، لأن كل واحد منهما منكوح صاحبه، إلا أن ولاية القوامة[6] للرجل على المرأة معنى زائد على ما يقتضيه أصل النكاح، لأن الله تعالى أفرده بولاية هذه القوامة.

فإذا ثبت هذا، فـ[هو][7] الجواب عما قرروه وذكروه، فلا حاجة بنا إلى تكريره، لأن تكراره لا يزيده ثباتًا أكثر من هذا. والله أعلم.

* * *

---

(1) قوامون معناها: قائمون «قيام الولاة المصلحين على الرعية». كلمات القرآن 62.

(2) في الأصل: ثبت.

(3) أي وجوب النفقة

(4) الذمة «لغة: العهد والأمان، واصطلاحًا: صفة يصير بها الإنسان أهلاً للالتزام، وتستعمل الذمة لدى الفقهاء أيضًا في موضع الذات والنفس، فيقولون: وجب في ذمته أي ذاته ونفسه..» انظر المغرب 176، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / 112، والتعريفات 107، ولغة الفقهاء 214.

(5) تكملة لازمة.

(6) القوامة: القيام على الأمر، أو المال، ورعاية المصالح.

(7) تكملة لازمة.

كتاب الإيلاء[1]

مسألة[2] [45]:

[في الطلاق هل يقع على المولي بمرور أربعة أشهر أو بعد الرفع إلى الإمام؟]

إذا آلى[3] من امرأته، فلا يقع عليه الطلاق بمرور الأربعة الأشهر، ولكنه يرفع [إلى][4] الإمام، فإما فاء[5] إلى [امرأته][6] وإما طلق عليه[7]. **وبه قال الشافعي**[8].

وقال أبو حنيفة: يقع عليه الطلاق بمضي الأربعة الأشهر[9].

---

(1) الإيلاء: «حلف الزوج القادر على الوطء، على تركه وطء منكوحته». لغة الفقهاء 98، وانظر: حلية الفقهاء 175، والطلبة 129، وغريب المدونة 89، والتعريفات 41.

(2) ليست في الأصل.

(3) آلى من امرأته: حلف على ترك وطئها مدة. وهي في الأصل: ألا.

(4) تكملة لازمة.

(5) في الأصل: فا.

(6) تكملة لازمة.

(7) قال في الإشراف 2 / 141: «فأما أبو حنيفة فالخلاف معه في موضوعين: أن الأربعة مضروبة له عندنا، وليست بمحل يوجب الفيء، وعنده أنه محل لا معنى، والثاني: أنه بعد مضيها لا تبين إلا بعد أن يوقف، فإما فاء، أو طلق، وعنده أنها تطلق بنفس مضي المدة...». وقال في التفريع 2 / 93: «ولا يلزم المولي طلاق بمضي أجله قبل وقف الحاكم له»، وقال في البداية 2 / 75: «... أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها، أو لا تطلق، فإنما الحكم أن يوقف، فإما فاء، وإما طلق؟ فإن مالكًا والشافعي، وأحمد، وأبا ثور، وداود، والليث، ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر، فإما فاء، وإما طلق، وهو قول علي وابن عمر...»، وانظر: أحكام ابن الفرس 83، واختصار عيون المجالس 56 و: 1.

(8) قال في الأم 2 / 289: «وإذا آلى الرجل من امرأته، فمضت أربعة أشهر، وقف، وقيل له: إن فئت وإلا فطلق..»، وانظر: المهذب 2 / 106 - 107.

(9) قال في المبسوط 7 / 20: «وإن مضت المدة قبل أن يفيء إليها، طلقت تطليقة بائنة =

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 226 - 227]. قالوا: وعزيمة الطلاق وقوعه.

قالوا: ولأن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية، فغير حكمه في الإسلام بإدخال الأجل. قالوا: فإذا مضى[1] الأجل لزم الطلاق، مثل سائر الآجال، إذا مضت الأحكام المتعلقة بمضيها.

قالوا: ولأن في لفظة الإيلاء ما يدل على الطلاق، لأنه يمين على ترك الوطء، واليمين يوجب التحريم على الحالف، إذا[2] عقدها على الامتناع من فعل شيء ما؛ وقد عقد الإيلاء على الامتناع من الوطء، فأوجب ذلك تحريم الوطء بإزالة الحل، فحصلت مناسبة بين الطلاق والإيلاء من هذا[3] الوجه، فجاز[4] وقوع الطلاق به.

والدليل على صحة ما قلناه: [قوله عز وجل][5]: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 226 - 227]، والإيلاء هو الحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر، فوجب ألا يقع الطلاق بمرورها [هـ 171] حتى يقفه[6] الإمام، لأنه إنما حلف على ترك حقه في الوطء، فلم يجب عليه تنجيز الطلاق كما ذكرنا. دليله: ما إذا حلف ألا ينفق عليها مدة[7]، فإذا لم يجب عليه الطلاق بمرور تلك المدة ـ مع أن النفقة حق عليه، والحاجة إليها أمس، والضرورة إليها أدعى[8] ـ

= عندنا..»، وانظر: البدائع 3 / 175 - 176.

(1) في الأصل: مضا.

(2) في الأصل: ثم إذا.

(3) في الأصل: هذه.

(4) في الأصل: فجار.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: نفعه.

(7) في الأصل: مرة.

(8) في الأصل: أدعا.

فالأولى[1] والأحرى[2] ألا يجب عليه الطلاق في الإيلاء بمرور الأربعة الأشهر قبل الإيقاف[3]؛ إذ الوطء حق له.

ولأن الطلاق لا يقع إلا بلفظ يدل عليه، إما صريحًا، وإما كناية، ولفظ الإيلاء ليس من صريح الطلاق، ولا من كنايته، فوجب بهذا ألا يلزم إلا بإيقاف[4] حكم كما ذكرناه.

ويقال لهم من جهة المعنى: متى وقع عليه الطلاق؟ في الشهر الرابع أم في الشهر الخامس؟ فإن قالوا: وقع في الرابع: قيل لهم: كيف يجوز أن يقع عليه الطلاق في الشهر الرابع؛ وقد جعل الله له التربص أربعة أشهر بكاملها[5]؟ وإن قالوا: وقع في الخامس، قيل لهم: كيف يقع في الخامس، وليس هو في الخامس موليًا[6]، وإنما يكون موليًا في الزمن الذي حدد الله عز وجل، وهو الأربعة الأشهر؟

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 226 - 227]، وعزيمة الطلاق وقوعه، فهو خطأ، بدليل قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: 235]، وعزيمة النكاح عقده[7]، وليس عزيمة الطلاق وقوعه بتعيين[8] مرور الأربعة لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ * وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ [البقرة: 226 - 227]، وفاءوا وعزموا فعلان معناهما الاستقبال، وليس معناهما أن الفيئة أو العزم قد وقعا. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 227]، وسمعه جلت قدرته

---

(1) في الأصل: فالأولا.
(2) في الأصل: والأحرا.
(3) في الأصل: الإنفاق.
(4) في الأصل: بإتقان.
(5) في الأصل: نكالها.
(6) في الأصل: مولى.
(7) في الأصل: أعقده.
(8) في الأصل: بتعبن.

إنما يتعلق بطلاق الزوج، أو بطلاق الحاكم عليه إن أبى[1] الفيئة، وإذا سمع جل وعز، فقد علم، فإذا لزمه الطلاق بنفس مرور الأربعة الأشهر من غير إيقاف[2]، فبماذا يتعلق سمع الله تعالى؟

ولأنه لا خلاف أن الله تعالى إذا أجل أجلاً في حكم من الأحكام، لا يجوز الانتقال إلى خلافه إلا بعد مضي جميع الأجل، والدخول فيما بعده، ويدل عليه قوله عز وجل في المتوفى عنهن أزواجهن: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: 234]، ولا خلاف أن العقد عليهم لا يجوز إلا في اليوم الحادي عشر فما بعده.

ولأن الديون المؤجلة لا يقضي[3] بها لصاحبها إلا بعد فراغ الأجل، والدخول فيما بعده.

وقولهم: إن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية، فغير حكمه في الإسلام بإدخال الأجل، فقول غير معروف[4]، ونقل ليس بمألوف، وإنما هو اختلقوه بأقوالهم ونسجوه[5] على منوالهم. كيف وقد ذم الله أحكامهم بقوة بقوله: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ[6] وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [المائدة: 50].

---

(1) في الأصل: أرا.

(2) في الأصل: اتفاق.

(3) في الأصل: تقضا.

(4) هذا الحكم فيه نظر فقد قال في المقدمات 487: «وأصل ذلك أن الرجل كان في الجاهلية إذا كره المرأة وأراد تقييدها ألا تنكح زوجًا غيره، حلف عليها ألا يقربها، فيتركها لا أيما، ولا ذات بعل، إضرارًا بها، وفعل ذلك في أول الإسلام، فحد الله للمولي من أمر الله حدًا لا يتجاوزه. . »، وقال في نصب الراية 3 / 243: «وأخرج البيهقي في سننه باب الرجل يحلف لا يطأ امرأته أقل من أربعة أشهر عن ابن عباس قال: كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين، وأكثر من ذلك، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر. . .».

(5) في الأصل: نسخوه.

(6) في الأصل: تبغون.

وقد روى سليمان[1] بن يسار عن سبعة[2] نفر من أصحاب رسول الله ﷺ، أنهم كانوا يقفون المولي[3].

وقد روي إيقاف المولي عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن عمر، وعائشة، وأبي الدرداء[4] رضي الله عنهم[5].

وقد روى سهل[6] بن أبي صالح عن أبيه[7] قال: «سألت اثني[8] عشر

---

(1) هو أبو أيوب سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث، وهو أخو عطاء، وعبد الملك، وعبد الله بني يسار، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة. قال مالك: سليمان من أعلم الناس عندنا بعد سعيد بن المسيب. قيل توفي سنة 100هـ، وقيل 104هـ، وقيل غير ذلك.
ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 148، وطبقات الشيرازي 60 - 61، وطبقات الحفاظ 42، والخلاصة 155.

(2) في الأصل: شبعة.

(3) نص هذا الحديث في سنن الدارقطني 4 / 61 - 62: عن سليمان بن يسار قال: «أدركت بضعة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ، كلهم يوقف المولي».

(4) هو أبو الدرداء عويمر بن زيد، أو بن عامر، أو ابن مالك بن عبد الله بن قيس الأنصاري الصحابي الجليل، روى عنه ابنه بلال وزوجته أم الدرداء، وجبير بن نفير، وزيد بن وهب، وخلق. أسلم يوم بدر، وشهد أحدًا، وولي قضاء دمشق، خرج له الجماعة.
مات سنة 32هـ، انظر: الخلاصة 298 - 299، والرياض 217 - 228.

(5) قال البخاري في كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾، وقال لي إسماعيل: حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر: «إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق، ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق»، ويذكر ذلك عن عثمان، وعلي، وأبي الدرداء، وعائشة، واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ.

(6) هو أبو يزيد سهيل بن أبي صالح ذكوان السمان. روى عن أبيه وابن المسيب، وسعيد بن يسار، وعنه ربيعة الرأي، وموسى بن عقبة، وابن جرير. خرج له الجماعة إلا البخاري. قال الذهبي: مرض سهيل فتغير حفظه. مات في خلافة المنصور.
ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 158، والخلاصة 158.

(7) هو أبو صالح ذكوان السمان الزيات المدني، مولى جويرية بنت الأحمس الغطفاني من أجل الناس وأوثقهم. روى عن سعد وأبي الدرداء، وعائشة، وأبي هريرة، وخلق. وعنه بنوه: ثقة ثقة. خرج له الجماعة، قال محمد بن عمر الواقدي: توفي سنة 101هـ.
ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 125، وطبقات الحفاظ 41، والخلاصة 112.

(8) في الأصل: إثنا.

نفرًا من أصحاب رسول الله ﷺ، عن المولي، فكلهم قال لي: ليس عليه شيء، حتى يمضي أربعة أشهر، ثم يوقف، فيفيء أو يطلق[1]. وبهذا قال ابن المسيب[2]، ومجاهد[3]، وطاوس[4] وأحمد، وإسحاق[5].

وقولهم: إن في لفظ الإيلاء ما يدل على تحريم الوطء، فليس كذلك، ويبطل عليهم بما لو حلف ألا ينفق عليها.

* * *

(1) هذا الأثر أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 91، ولفظه عنده: «عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه أنه قال: سألت اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ عن الرجل يولي، فقالوا: ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر، فيوقف، فإن فاء، وإلا طلق».

(2) تقدمت ترجمته.

(3) هو أبو الحجاج مجاهد بن جبر، المقرىء، الإمام، المفسر، روى عن ابن عباس، وأم سلمة، وأبي هريرة، وجابر، وعائشة، وعنه عكرمة، وعطاء، وقتادة، والحكم، وأيوب، وخلق.

مات سنة 102 أو 103هـ وهو ساجد، خرج له الجماعة.

ترجمته في طبقات الشيرازي 69، وطبقات الحفاظ 42، والخلاصة 369.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) تقدمت ترجمته.

كتاب اللعان[1]

[مسألة][2] [46]:

[في حكم نكول الزوجة عن اللعان بعد التعان الزوج]

إذا التعن الزوج سقط عنه الحد، ووجب الحد على امرأته بالتعانه فإن التعنت سقط عنها الحد. فإن نكلت حدت[3]، وبه قال **الشافعي**[4].

وقال **أبو حنيفة**: إن نكلت عن اللعان بعد التعان الزوج، لم تحد، وحبست حتى تلتعن، وزعم أن موجب القذف[5] في حقها هو نفس اللعان، وليس عليها في النكول حد، ولكن تحبس حتى تلتعن[6].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾[7] [النور: 6]. قالوا: فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ

---

(1) اللعان: حلف الزوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها، بحكم قاض». شرح الحدود 210، وانظر: حلية الفقهاء 182، والطلبة 131، وتهذيب الأسماء واللغات 127، والتعريفات 192.

(2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(3) قال في المقدمات 490: «فإذا نكلت المرأة في اللعان حدت حد الزنا»، وقال في البداية 2 / 90: «وللاشتراك الذي في اسم العذاب الذي في قوله: ﴿ويدرأ عنها العذاب﴾ اختلفوا أيضًا في الواجب عليها إذا نكلت، فقال مالك، والشافعي وأحمد، والجمهور: إنها تحد. وحدها الرجم إن كان دخل بها، ووجدت فيها شروط الإحصان، وإن لم يكن دخل بها فالجلد. وقال أبو حنيفة: إن نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن»، وانظر: الإشراف 2 / 157.

(4) انظر: المهذب 2 / 127 - 128، وقال في الإفصاح 2 / 168: «وقال مالك والشافعي: تحد إذا امتنعت من اللعان حد الزنا».

(5) القذف: «الرمي بالزنا صراحة أو ضمنًا» لغة الفقهاء 359.

(6) انظر المبسوط 7 / 39 - 40، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 334: «وإذا امتنع أحد الزوجين عن الالتعان، فإن القاضي يحبسه حتى يلتعن، وعند الشافعي لا يحبس، ولكن يحد حد القذف».

(7) الرمي: القذف.

﴿يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ في موضع قوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: 4]، وقوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ في موضع قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: 4]، وقوله: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ﴾، في موضع قوله: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4]، وقالوا: والجلدات في تلك الصورة موجب القذف، قالوا: فكذلك الشهادات في هذه[1] الصورة.

قالوا: والدليل على صحة ما قلناه: أن الفاء في قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ﴾ للتعقيب [هـ 172] والمجازاة[2]، مثل قول السيد لوكيله: من[3] أحسن الخدمة من عبيدي فاعتقه، ومن زارني[4] فأكرمه، فدل ذلك على أن موجب القذف في حقها هو نفس اللعان.

قالوا: وأما إذا نكلت هي عن اللعان، وأكذب نفسه، فإنما وجب عليه الحد، لأن شهادات اللعان انقلبت قذفًا موجبًا للحد، مثل الشاهد على الزنا إذا رجع. فإن شهادته تنقلب قذفًا، ويجب عليه الحد.

قالوا: وفي وجوب الحد عليها بمجرد التعانه غاية البعد، لأن التعانه قوله: وقوله لا يصلح لإثبات الزنا، مثل سائر أقوال القاذفين.

قالوا: ويدل على صحة ما قلناه: أن الزوج لو شهد عليها بالزنا هو وثلاثة نفر، لم تحد[5] بشهادتهم، فألا تحد بشهادة الزوج وحده بانفراده، أولى وأحرى.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4]، ولم يفصل عز وجل بين الزوجات والأجنبيات في هذا الخطاب العام.

---

(1) في الأصل: تلك.
(2) في الأصل: المجازاة، والمجازاة: المكافأة.
(3) في الأصل: ما.
(4) في الأصل: زالي.
(5) في الأصل: يحد.

ولأنه قذف محصنة. ويوجب[1] قذف المحصنة الحد بنص كتاب الله عز وجل.

ويدل على صحة هذا، ما قبل النكاح، وذلك أن النكاح لا تأثير له في تغيير[2] موجب الجنايات[3]، بدليل سائر الجنايات، من قتل أو قطع، أو سرقة، أو غير ذلك. فإنما ورد درء[4] الحد عن الزوج إذا التعن، لأن الله تعالى جعل التعانه دليلاً على صدقه، وعلمًا على سقوط الحد عنه، لأن شهادات اللعان بمنزلة الشهادة على الزنا، فلما كان الزوج لو أتى بأربعة شهداء، لم يحد، فكذلك إذا لاعن، والأجنبي إذا قذف امرأة، وأتى[5] على ما رماها به بأربعة شهداء، فلا حد عليه، فإن لم يأت بشهود حد، «فكذلك إذا لاعن، والأجنبي»[6] فكذلك الزوج إذا نكل عن اللعان حد كما يحد الأجنبي إذا لم يأت بأربعة شهداء.

فإذا ثبت هذا وصح، لزم الزوجة في هذا الحكم مثل ما لزم الزوج سواء، لا فرق بينهما، ألا[7] ترى إلى قوله عز وجل: ﴿وَيَدْرَؤُا[8] عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَـٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ﴾، والعذاب هو الحد، بدليل قوله عز وجل: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: 2]، وذلك العذاب الذي أمر الله عز وجل أن يشهد هو الحد، وقال في موضع آخر: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَـٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: 25]، فصح بهذا أن الحد يجب عليها

---

(1) في الأصل: يوجب.

(2) في الأصل: تعبير.

(3) الجنايات جمع جناية، هي: «كل فعل محظور يتضمن ضررًا على النفس أو غيرها» التعريفات 79. وانظر: غريب المدونة 112، والأنيس 143، ولغة الفقهاء 167.

(4) في الأصل: در.

(5) في الأصل: أتا.

(6) هكذا في الأصل، ولا معنى له، والظواهر أنه زائد.

(7) في الأصل: إلى.

(8) ويدرأ: ويدفع.

متى لم تلتعن.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من الاحتجاج بالآية، فليس فيها دليل على شيء مما زعموا، لأن الله تعالى إنما ذكر اللعان حجة للزوج، وتوسعة عليه عند تعذر إقامة البينة.

وقوله عز وجل: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾ [النور: 6] تفسير لحجته[1]، وسمى[2] الله تعالى الحجة شهادة، لقيامها مقام الشهادة في قذف الأجنبية.

وأما قولهم: الفاء في قوله عز وجل: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4] للتعقيب والمجازاة[3] فكذلك نقول: إنها للتعقيب والمجازاة، إلا أن جزاءها عندهم اللعان، وجزاءها عندنا الحد؛ وقد تقدم الدليل على بيان ذلك.

وقد زعموا أنها إذا نكلت عن اللعان، حبست حتى تحلف وتلتعن[4]، وهو غلط، لأن الله تعالى قال: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾ [النور: 8]، والعذاب معرفة، الألف [واللام][5] فيه للتعريف، وهو ما أخبر الله تعالى عنه من الحد، ولا يجوز أن يكون ذلك العذاب حبسًا أو غيره من أنواع النكال، لأن الله تعالى لو أراد ذلك لقال: يدرأ عنها[6] عذابًا بلفظ النكرة، فيكون ذلك صالحًا[7] لعذاب ما.

ولأن فيما ذكروه تناقضًا[8] على أصل مذهبهم، لأن من أصل مذهبهم أن

---

(1) في الأصل: لا الحجة.
(2) في الأصل: وسما.
(3) في الأصل: والمحازات.
(4) في الأصل: تلتعن.
(5) تكملة لازمة.
(6) في الأصل: عنه.
(7) في الأصل: ما ضلاحا.
(8) في الأصل: تناقص.

المدعى[1] عليه إذا نكل عن[2] اليمين، قضي عليه بغير يمين، وجعلوا نكوله بمنزلة الإقرار، والذي يجب على أصل مذهبهم، أن يحكموا عليها بالحد، لنكولها عن اللعان، وإلا هو متناقض.

وقولهم: إن في وجوب الحد عليها بمجرد التعانه غاية البعد، لأن التعانه قوله، وقوله لا يصلح لإثبات الزنا، مثل سائر أقوال القاذفين. فالجواب: أن الله تعالى جعل التعانه مصدقًا لقوله، وأنه أقامه مقام التصديق، المبني على صدق القاذف عند إقامة البينة، والدليل على صدقه في التعانه: أمر الله تعالى إياه أن يقول في التعانه: أشهد[3] بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، فإذا لم يكن التعانه دليلاً على صدقه، حتى يحق عليها العذاب الذي هو الحد. فما فائدة تنصيص الله عز وجل على أن يشهد[4] أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم يخمس باللعنة إن كان من الكاذبين؟ فإذا لم يجب على المرأة بالتعانه حد، لم يكن لالتعانه فائدة، وذلك خروج عن ظاهر ما أوجبه كتاب الله من الحكم.

وقولهم: لو شهد عليها بالزنا زوجها، وثلاثة نفر لم تحد لا يلزم، ولا يعترض به على ما قلناه، لأن الزوج [173] يلاعن ليسقط عن نفسه حد القذف، ويوجب عليها بالتعانه حد الزنا، لأن به ضرورة إلى ذكر الذي ذكر، ويحد الثلاثة نفر حد القذف؛ إذ لا ضرورة بهم إلى ذكر ما ذكروا. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: المدعا.

(2) في الأصل: على.

(3) في الأصل: أشهدنا الله.

(4) في الأصل: تشهد.

مسألة [47]:

[في فرقة اللعان هل هي متأبدة أو لا؟]

فرقة اللعان متأبدة التحريم[1]، وبه **قال الشافعي**[2]، **وأبو حنيفة**، إلا أن أبا حنيفة قال: إن أكذب نفسه لا يتأبد التحريم، وزعم أن الواقع عليها طلقة واحدة[3] بائنة[4].

واحتج أصحابه، فقالوا: حكم اللعان ارتفع بإكذاب الملاعن نفسه. والدليل على ارتفاعه بإكذاب نفسه، هو رجوع نسب الولد إليه، ولزوم الحد له بعد أن حكم بسقوطه، فلو بقي باللعان[5]، لكان الولد منفيًا، كما كان قبل

---

(1) قال في الموطأ 387: «قال مالك: السنة عندنا أن المتلاعنين لا يتناكحان أبدًا، وإن أكذب نفسه، جلد الحد، وألحق به الولد، ولم ترجع إليه أبدًا، على هذا السنة عندنا التي لا شك فيها، ولا اختلاف». وانظر: التفريع 2 / 100.

(2) قال في المهذب 2 / 127: «وإذا كان اللعان في نكاح صحيح، وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضي الله عنه، وحرمت عليه على التأبيد، لما روى سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه. قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبدًا»، ثم قال: «وإذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه، وجب عليه حد القذف إن كانت المرأة محصنة، أو التعزير إن لم تكن محصنة، ولحقه النسب، لأن ذلك حق عليه، فعاد بتكذيبه، ولا يعود الفراش، ولا يرتفع التحريم لأنه حق له، فلا يعود بتكذيبه نفسه».

(3) في الأصل: واسحدة.

(4) قال في المبسوط 7 / 43: «ثم ذكر عن إبراهيم رضي الله عنه، قال: اللعان تطليقة بائنة، وإذا أكذب الملاعن نفسه، جلد الحد، وكان خاطباً من الخطاب، وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، فقالا: الفرقة باللعان تكون فرقة بالطلاق. وعلى قول أبي يوسف: يثبت باللعان الحرمة المؤبدة بينهما وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تتأبد الحرمة بسبب اللعان. . .»، وقال في البدائع 3 / 245: «قال أبو حنيفة ومحمد: الفرقة في اللعان فرقة بتطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح، وتثبت حرمة الاجتماع، والتزوج ما دام على حالة اللعان، فإن أكذب الزوج نفسه، فجلد الحد، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته جاز النكاح بينهما ويجتمعان. فقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق، وأنها توجب حرمة مؤبدة. . .».

(5) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: حكم اللعان.

إكذابه نفسه، ولكان لا يرجع نسبه إليه أبدًا، ولكان الحد أيضًا ساقطًا عنه، كما كان، ولكان لا يلزمه بإكذابه نفسه.

قالوا: ولأن نفس اللعان، ليس فيه معنى مؤثر في إثبات [الفرقة][1] بين الزوجين، وإنما حرم اجتماعهما لأجل التلاعن، ولما حرم الاجتماع حرمت المتعة تحريمًا مطلقًا، فإذا حرمت المتعة على الإطلاق، والنكاح عقد استمتاع، فإن الإمساك بالمعروف [فات][2]، فيجب التسريح بالإحسان، وإن لم يطلق الزوج، فرق القاضي بينهما، وتكون الفرقة طلاقًا، مثل ما [لو][3] وجدت المرأة زوجها عنينًا، أو مجبوبًا.

وإذا كان طلاقًا، لم تتأبد[4] الفرقة، فإذا أكذب نفسه، ارتفع حكم اللعان، وصارت المرأة محل حل الاستمتاع بتجديد النكاح.

والدليل على صحة ما قلناه: حديث ابن[5] عمر أن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»[6] وهذا منه عليه السلام نص لا احتمال فيه، وأراد عليه السلام بالاجتماع اجتماع نكاح.

فإن قالوا: فإذا هو أكذب نفسه، فليسا بمتلاعنين. قيل لهم: وكذلك لو قال قائل: أنهما بعد فراقهما من اللعان ليسا متلاعنين، لكان صحيحًا من حيث الحس، ومع ذلك فإنهما لا يجتمعان بنكاح أبدًا، فيكون معنى[7] قوله عليه السلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا»: أي اللذين قد تلاعنا، لا يجتمعان

---

(1) تكملة لازمة.

(2) تكملة لا يقتضيها السياق.

(3) تكملة لا يقتضيها السياق.

(4) في الأصل: بتأبد.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) أخرجه الدارقطني في سننه 3 / 276 بلفظ قريب هذا نصه: «عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا»». قال في نصب الراية 3 / 251: «قال صاحب التنقيح: إسناده جيد».

(7) في الأصل: معنا.

أبدًا، فهما اللذان[1] تلاعنا.

ومعتمد الأصحاب في هذه المسألة، هو الاستمساك بالنص، وهو حديث ابن عمر.

فإذا ثبت هذا، فما ذكروه من ارتفاع حكم اللعان، غير صحيح. لأن اللعان عندنا يمين، واليمين إذا صارت حجة، وتعلق بها حكم حاكم، لم يتصور ارتفاعها.

وإن كان اللعان شهادة على ما يقولون هم، فكذلك أيضًا، لأن الشهود إذا شهدوا بالزنا، وقبل الحاكم شهادتهم، ونفذ الحكم بها، لم يتصور ارتفاع ذلك الحكم أبدًا.

وأما ما احتجوا به من إكذاب نفسه، فغاية ما فيه: أن ينزل في إكذاب نفسه منزلة رجوع الشاهد عن شهادته، ورجوع الشاهد عن شهادته بعد الحكم بها، واستيفائها على شرائطها، لا يرفع حكم الحاكم فوجب أن يكون المتلاعن إذا أكذب نفسه كذلك، يلزمه بقاء حكم اللعان على ما كان عليه قبل إكذابه نفسه.

وأما اعتراضهم بلزوم الحد، ولحوق النسب، فليس في ذلك ما يوجب زوال التحريم على ما سبق بيانه. وإنما لزمه الحد إذا أكذب نفسه، لأنه معترف أنه قد قذف مسلمة محصنة، وأن التعانه الذي كان، مما لا يسقط عنه الحد، لأنه كان كاذبًا، وإنما يسقط عنه حد القذف، إذا كان في التعانه صادقًا.

وأما لحوق نسب الولد، فلأنه زعم أن نسبه به لاحق، فيعامل بزعمه، ويترك وما زعم حفظًا لحق الولد؛ وإذ ليس هناك من يدعيه غيره، وليس في شيء من ذلك ما يوجب رفع حكم اللعان، وتأبيد التحريم، على ما سبق بيانه. وإن الفرقة لا تشبه[2] نفي النسب. لأنه إذا أكذب نفسه، تبين أن النسب لم ينتف، وليس في ذلك بيان أن الفرقة لم تقع. وفي[3] هذا الذي قلناه الجواب عن مجموعة ما قالوه. والله أعلم.

---

(1) في الأصل: اللذين.

(2) في الأصل: يشبه.

(3) في الأصل: في.

كتاب الظهار[1]

[مسألة][2] [48] :

[في الكفارة: بم تجب في الظهار؟]

لا تجب الكفارة في الظهارة إلا بالعود، وهو العزم على الوطء فقط، هذا ظاهر المذهب[3]، وقيل: العزم على الوطء، والإمساك[4].

وقال الحسن[5]، **وطاوس**[6]، **والزهري**[7]، **وأبو العالية**[8]، العود هو: نفس الوطء[9].

وقال أبو حنيفة: لا يجب الكفارة بالظهار، ولا بالعود، ولكنه يحرم

---

(1) الظهار: «هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بأنها عليه كظهر أمه». المنتقى 4 / 37. وانظر: حلية الفقهاء 177، والنظم المستعذب بهامش المهذب 2 / 111.

(2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(3) انظر: الإشراف 2 / 150، والبداية 2 / 79، والذي صححه ابن الجلاب في التفريع 2 / 95، أن العود: هو العزم على إمساكها بعد المظاهرة منها.

(4) هو الذي في الموطأ، وعليه أكثر أصحاب مالك، كما في المنتقى 4 / 49، وانظر لزيادة البيان في هذه المسألة: المقدمات 468، وقواعد المقري 115.

(5) تقدمت ترجمته.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري المدني، عالم الحجاز والشام، ثقة، فقيه، كثير العلم، شيخ الإمام مالك. قال عمر بن عبد العزيز: لا أعلم أحدًا أعلم بسنة ماضيه منه. مات سنة 124هـ.

ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 276 - 277، وطبقات الشيرازي 63 - 64، وطبقات الحفاظ 49 - 50، والخلاصة 359.

(8) هو أبو العالية رفيع بن مهران الرياحي البصري، أدرك الجاهلية، وأسلم بعد موت النبي ﷺ بسنتين، ودخل على أبي بكر، وصلى خلف عمر، روى عن علي، وأبي حذيفة، وخلق. وعنه قتادة، وثابت، وخلق. قيل: توفي سنة 90، وقيل 106هـ، وقيل غير ذلك.

ترجمته في طبقات الشيرازي 88، والخلاصة 119.

(9) وهي رواية عن مالك أيضًا، قال في البداية 2 / 79: «وهي أضعف الروايات عند أصحابه».

عليه وطؤها[1] حتى يكفر[2].

وقال الشافعي: العود: العزم على إمساكها، فإذا ظاهر منها ثم أمسكها بعد ظهاره مقدار ما يطلقها فيه طلاقًا متصلاً بالظهار، فقد وجبت عليه الكفارة[3].

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: 3]، والإمساك على النكاح عود، كما أن العزم على الوطء عود، فيجب اعتبار أسبق العودين إلى الفهم، لوجوب الأخذ[4] بأوائل[5] الأسماء [174هـ]، كما قلنا في اللمسين، والشفقين، والأبوين.

قالوا: ولأن العود، عزم على فعل يكون من جهته، والعزم على الفعل ليس بفعل. قالوا: ولأنه ﷺ، خاطب أويس[6]،

---

(1) في الأصل: وطئًا.

(2) قال في المبسوط 6 / 224: «... ثم اختلفت العلماء رحمهم الله تعالى في قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾، فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى: هو العزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 320: «والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار»، وقال في البدائع 3 / 234: «وأما حكم الظهار، فللظهار أحكام، منها حرمة الوطء قبل التكفير...».

(3) قال في الأم 5 / 296: «قال الشافعي: الذي علقت مما سمعت في ﴿يعودون لما قالوا﴾، أن المتظاهر حرم مس امرأته بالظهار، فإذا أتت عليه مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذي يحرم به، ولا شيء يكون به مخرج من أن تحرم عليه. فقد وجب عليه كفارة الظهار، كأنهم يذهبون إلى أنه إذا أمسك ما حرم على نفسه، أنه حلال، فقد عاد لما قال، فخالفه، فأحل ما حرم، ولا أعلم له معنى أولى به من هذا». وقال في المهذب 2 / 113: «والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زمانًا، يمكنه أن يطلقها، فلم يفعل».

(4) في الأصل: الأحد.

(5) في الأصل: بالأوائل.

(6) هو أوس بن الصامت بن قيس الأنصاري، شهد بدرًا، وأحدًا، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ، وهو الذي ظاهر من زوجته فوطئها قبل أن يكفر، فأمره النبي ﷺ أن يكفر بخمسة عشر صاعًا من شعير على ستين مسكينًا، وهو أخو عبادة بن الصامت. قيل: مات في أيام عثمان رضي الله عنه، وقيل مات سنة 34هـ بالرملة، خرج له أبو داود.

وأخرج عبد الرزاق بسنده إلى عكرمة أن اسمه أويس بن الصامت بالتصغير. كما=

وسلمة[1] بوجوب الكفارة حين سألاه لما ظاهرا، فلم يسألهما، هل حصل منهما عزم على الوطء، أو لا[2]. قالوا: ولأن[3] ما قلناه أعم، لأنه إذا عزم على الإمساك، فقد حصل منه العزم على الوطء، لأن النكاح لا يراد إلا للوطء.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، والذي حرم المظاهر على نفسه بالظهار، هو الوطء، فيكون معنى قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ على صحة هذا، هو أن قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾، وقوله: ﴿لِمَا قَالُوا﴾، أن العود يكون بمعنى[4] الرجوع، والقول يكون بمعنى الفعل.

فأما العود بمعنى الرجوع، فقوله عز وجل: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَىٰ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [المجادلة: 8]، أي: يرجعون إلى المناجاة المنهي عنها، وقوله: ﴿وَإِن تَعُودُوا[5] نَعُدْ﴾ [الأنفال: 19]، وقوله ﷺ: «العائد في صدقته

= أورده المؤلف.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 220، والإصابة 1 / 137 - 138، والخلاصة 41.

(1) هو سلمة بن صخر الأنصاري، ثم البياضي، ويقال له: سلمان بن صخر، وسلمة أصح. هو الذي ظاهر من امرأته، ثم وقع عليها، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر، قال البغوي: لا أعلم له حديثًا مسندًا، إلا حديث الظهار، روى عنه سعيد بن المسيب، وسلمان بن يسار، وأبو سلمة، وغيره. خرج له أبو داود، والترمذي، وابن ماجة.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة2 / 232، والإصابة 4 / 232، والخلاصة 148.

(2) حديث أوس أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب في الظهار، عن خولة بنت مالك بن ثعلبة وحديث سلمة أو سلمان بن صخر البياضي، أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب في الظهار، والترمذي في أبواب الطلاق، باب ما جاء في كفارة الظهار، عن أبي سلمة، ومحمد ابن عبد الرحمٰن. وقال: هذا حديث حسن. وانظر: طريق الرشد 2 / 47 - 48.

(3) في الأصل: لأن.

(4) في الأصل: بمعنا.

(5) في الأصل: يعودوا.

كالكلب يعود في قيئه»[1]، يريد عليه السلام: يرجع فيها، فيتملكها، ولم يرد أنه يرجع فيها بالقول.

وأما القول بمعنى الفعل، فقوله عز وجل: ﴿وَهُوَ مَعَهُمْ إِذْ يُبَيِّتُونَ[2] مَا لَا يَرْضَىٰ[3] مِنَ الْقَوْلِ﴾ [النساء: 108] أي من الأفعال القبيحة، فيسألون عن العود إلى ما يرجع؟ وعن الفعل بماذا يتعلق؟

ولأن أوس بن[4] الصامت لما ظاهر من امرأته، وطئها قبل أن يكفر، فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فقال له النبي عليه السلام: «بئس ما صنعت»[5] ثم أعطاه خمسة عشر صاعًا من شعير، وقال له: «تصدق بها على ستين مسكينًا[6]»، ولم يقل عليه السلام: هل أمسكتها بعد الظهار مقدار ما يقع فيه الطلاق أم لا؟ وقد قال عليه السلام للمظاهر الآخر الذي سأله: ألا يطأ حتى يكفر[7].

ولأن المظاهر[8] على نية الظهار حتى ينقضي لفظه بالظهار، ثم إذا أراد

---

(1) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه في باب الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض من كتاب الهبات، وأبو داود في كتاب الإجارة باب الرجوع في الهبة، كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنه. وبلفظ واحد هو: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»، وهو في البخاري أيضًا في باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته.

(2) ويبيتون: يدبرون بليل. ن: كلمات القرآن 68.

(3) في الأصل: يرضا.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(6) تقدم تخريج حديث أوس.

(7) هذا الحديث أخرجه أبو داود في باب الظهار، والترمذي في باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، والنسائي في باب الظهار، وابن ماجة في باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر، ولفظه في أبي داود: «. . عن عكرمة أن رجلًا ظاهر من امرأته، ثم واقعها قبل أن يكفر، فأتى النبي ﷺ فأخبره. فقال: «ما حملك على ما صنعت؟»، قال: رأيت بياض ساقها في القمر، قال: فاعتزلها حتى تكفر عنك؟» قال في نصب الراية 3 / 346: «قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب».

(8) في الأصل: الظاهر.

أن يطلق فلا بد أن يكون بينهما فترة ما.

ولأن الله عز وجل قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، وثم للمهلة والترتيب والانفصال دون الاتصال في لسان العرب.

ولأن الظهار لا يحل عقدة النكاح، لأن القائل إذا قال: ظاهر فلان من امرأته، لم يفهم من هذا القول أنه طلقها، وإنما[1] يفهم أنما حرم على نفسه وطئها. وإذا كان ذلك كذلك، لم يكن العود الذي ذكر الله تعالى راجعًا إلى الإمساك[2]، لأنها بعد الظهار باقية على العصمة كما كانت، لأن تظاهره منها لا يصح[3] إلا مع البقاء على النكاح عليها.

ولأن الطلاق الرجعي لا تنبت[4] [به][5] العصمة، فوجب ألا يسقط به حكم الظهار. دليله: الإيلاء.

ولأن مجرد لفظ[6] الظهار، لا يوجب الكفارة، إلا بمعنى طارئ عليه، من إحداث فعل مخالف، أو هتك حرمة حادثة، وذلك معدوم في ترك إيقاع الطلاق، فلم يجب تعلق الكفارة به.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به، من قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، وأنه يجب عليه اعتبار أسبق العودين إلى الفهم، غير مسلم، لأن الظهار، لا يحرم إمساكها، ولا يحل عقد نكاحها.

ولأنه لو وصل قوله: أنت علي كظهر أمي، بقوله: أنت طالق، لم يكن عائدًا عندنا وعندهم، وإنما يكون مطلقًا.

وقولهم: إن العزم على الفعل ليس بفعل، فيقال لهم: قد جعلتم ما لا عزم عنده على شيء أصلاً فاعلاً للغو[7]، فمن علق ذلك بحصول العزم

---

(1) في الأصل: فإنما.

(2) في الأصل: الإعساك.

(3) في الأصل: يصح.

(4) في الأصل: عارية عن الإعجام.

(5) تكملة لازمة.

(6) في الأصل: عقد.

(7) اللغو: «ضم الكلام إلى ما هو ساقط العبرة منه. وهو الذي لا معنى له في حق ثبوت =

أولى[1] أن يجعل ما نواه عودًا.

وقولهم: إن النبي ﷺ لم يسأل سلمة وأويسًا عن العزم، فيقال لهم، وكذلك لم يسألهما[2] عن التكفير الذي يصلان[3] به إلى الوطء، ولم يسألهما هل طلقا وارتجعا أم لا؟

* * *

= الحكم». التعريفات 192، وانظر: الطلبة 141، والنظم المستعذب بهامش المهذب 2 / 128، ولغة الفقهاء 392.

(1) في الأصل: أولا.

(2) في الأصل: يسألها.

(3) في الأصل: يصل.

مسألة [49]:

[في حكم ظهار الذمي]

ظهار الذمي[1]، غير لازم[2]، وبه **قال أبو حنيفة**[3].

وقال الشافعي: يلزمه ظهاره[4].

واحتج أصحابه، فقالوا: التكفير واقع للعتق[5]، والذمي في العتق[6] مثل المسلم سواء.

قالوا: فلما كان الذمي من أهل العتق، وجب أن يكون من أهل الظهار.

قال: وإذا كان كذلك، لم يبق لإخراجه من أهلية [الظهار][7] معنى.

قالوا: ولأن الكفارة في الظهار، إنما وجبت لأحد معنيين، إما للمنع

---

(1) الذمي: من أمضي له عقد الذمة، أي العهد الذي يعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام، بالحفاظ على أرواحهم، وأموالهم، وعدم المساس بأديانهم. ن: لغة الفقهاء 214.

(2) قال في المنتقى 4 / 40: «وأما الذمي فإنه لا يصح ظهاره، خلافًا للشافعي. والدليل على صحة ما نقوله: أن كل من لم يصح طلاقه، لا يصح ظهاره كالمجنون والصغير»، وقال في الإشراف 2 / 146: «لا يصح ظهار الكافر خلافًا للشافعي».

(3) قال في المبسوط 6 / 231: «وإن كان الزوج ذميًا، فظهاره باطل عندنا، سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمية»، وقال في البدائع 3 / 230: «فلا يصح ظهار الذمي، هذا عندنا وعند الشافعي، إسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره، ويصح ظهار الذمي».

(4) قال في المهذب 2 / 112: «ويصح ذلك أي الظهار من كل زوج مكلف»، وقال فيه 2 / 118: «وإن كان المظاهر كافرًا، كفر بالعتق أو الإطعام...»، وقال في الإفصاح 2 / 163: «واختلفوا في ظهار الذمي، فقال أبو حنيفة ومالك: لايصح، وقال الشافعي وأحمد: يصح».

(5) العتق: «إخراج النسمة من ذل الرق إلى عز الحرية»، حلية الفقهاء 208، وانظر التعريفات 147، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / عتق، ولغة الفقهاء 304.

(6) في الأصل: بالعتق.

(7) تكملة لازمة.

[منه][1]، أو الزجر عنه، لأنه منكر من القول وزور[2]، وإما لغلظ[3] إثمه. وأي ذلك كان، فالكفر ليس بمانع من وجوبه عليه إذا عقده على نفسه. ألا ترى[4] أنه ممنوع من سائر الجرائم، فكذلك يجب أن يكون ممنوعًا من الظهار، فإذا ظاهر لزمه ذلك كلزوم سائر الجرائم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الكافر ليس من أهل الظهار[5]، لأن موجب الظهار تحريم مؤقت بالكفارة بقول النبي ﷺ، بدليل أنه عليه السلام قال لسلمة[6] بن صخر البياضي، حين ظاهر فوطئ: «لا تعد حتى تكفر»[7]، ولفظة حتى للغاية، وهو نص في توقيت الحرمة، والكافر ليس من أهل التحريم المؤقت بالكفارة[8] والدليل على أنه ليس من [أهل][9] الكفارة، هو أن الكفارة عبادة، بدليل أنها تفادى بمحض عبادة، وهو الصوم. وإذا كان الخلف عبادة، فلا بد أن يكون الأصل عبادة، لأن الأصل والخلف لا يختلفان [هـ 175] في المعنى، فإذا كانت عبادة، احتاجت إلى نية، ونية القربة[10] لا تتأتى[11] من كافر، لأنه ممن يكتب عليه، ولا يكتب له.

فإذا ثبت هذا، فكل ما احتجوا به ليس بشيء، لأنه لا يجري مع قياس،

---

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: وزورا.

(3) في الأصل: الغلظ.

(4) في الأصل: ترا.

(5) في الأصل: الطهار.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وهو في سنن الدارقطني 3 / 318.
هكذا: «عن سلمة بن صخر أنه ظاهر في زمان رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر، فأتى رسول الله ﷺ، فذكر ذلك له، فأمره أن يكفر تكفيرًا واحدًا» قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 3 / 318: أخرجه الترمذي وقال: حسن غريب».

(8) المؤقت: المقدر، والمحدد.

(9) تكملة لازمة.

(10) القربة: العبادة، وكل ما يتقرب به إلى الله من الطاعات. ن: لغة الفقهاء 360.

(11) في الأصل: تتأتا.

ولا نظر، جملة. لأن الكفارات كما ذكرنا عبادات، والعبادات لا تتأتى[1] من كافر، لأن التكفير إبدال السيئة بالحسنة، بدليل قوله عز وجل: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ [هود: 114]، وقوله ﷺ: «إذا عملت سيئة، فاعمل إلى جنبها حسنة»[2].

ولأنه إذا استحق العقاب بالسيئة، واستحق الثواب بالحسنة، سقط عقاب السيئة بالحسنة، فثبت بهذا وصح أن الكفارة عبادة، والكافر ليس من أهل العبادات.

ولأن مناكح المشركين عندنا فاسدة، والظهار لا يلزم المسلم في النكاح الفاسد[3] فألا يلزم الكافر أولى[4] وأحرى؛ وقد تكلمنا في فساد مناكحهم في كتاب النكاح والطلاق، فأغنى[5] عن إعادته ها هنا.

وقولهم: إن الكفارة إنما وجبت في الظهار لأحد معنيين: إما للزجر عنه، أو لغلظ إثمه، فكذلك نقول إلا أن رفع ذلك المأثم لا يكون إلا محض عبادة، والكافر ليس من أهل العبادات.

وقولهم: إن الكافر ممنوع من الجرائم، فكذلك الظهار يجب أن يكون ممنوعًا منه، كلام لا وجه له، لأن الجرائم، الواجب عنها غير الواجب عن[6] الظهار، لأن الواجب عن الظهار عبادة كما ذكرنا، والواجب عن الجرائم:

---

(1) في الأصل: تتأتا.

(2) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولعله مروي بالمعنى وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما رواه الإمام أحمد عن أبي ذر رضي الله عنه. ونصه: «قلت: يا رسول الله، علمني عملاً يقربني من الجنة ويباعدني من النار، قال: «إذا عملت سيئة فاعمل حسنة، فإنها عشر أمثالها»». ن: جامع العلوم والحكم 137.

(3) قال ابن العربي في أحكامه 4 / 1750: «وإذا خلت الأنكحة من شروط الصحة فهي فاسدة، ولا ظهار في النكاح الفاسد بحال».

(4) في الأصل: أولا.

(5) في الأصل: فأغنا.

(6) في الأصل: من.

العقوبات، والزجر، والهوان، والإثم الموجع[1] بالضرب، وما أشبه ذلك، فبان الفرق، وصح ما قلناه، والله أعلم.

* * *

(1) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولعل منعوته قد فات النساخ إثباته.

مسألة [50]:

[في: الرقبة التي تجزئ في كفارة الظهار]

لا يجزئ في الظهار إعتاق رقبة غير مؤمنة(1)، وبه **قال الشافعي**(2).

وقال أبو حنيفة: يجزئ عتق رقبة كافرة(3).

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: 3]، فأطلق ولم يشترط جل وعز إيمانًا. فإذا أعتق رقبة كافر، فقد خرج عن عهدة(4) أمر الله تعالى.

وأما القياس فإنهم قالوا: أعتق رقبة، كما لزمه بالنص، فوجب أن تجزئه(5) عن كفارته. دليله: ما إذا أعتق رقبة مؤمنة. قالوا: وحمل المطلق على المقيد بظاهر الخطاب، في حادثتين، باطل(6)، لأن تقييد الخطاب في

---

(1) قال في التفريع 2 / 96: «وعلى المكفر بها أن يعتق رقبة مؤمنة. . .»، وقال في الإشراف 2 / 154: «لا يجوز فيها إعتاق الكافرة خلافًا لأبي حنيفة». وانظر: المنتقى 4 / 41، والبداية 2 / 83.

(2) قال في المهذب 2 / 115: «ولا يجزئ في شيء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة، لقوله عز وجل: ﴿ومن قتل مؤمنًا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾، فنص في كفارة القتل على رقبة مؤمنة، وقسنا عليها سائر الكفارات».

(3) قال في البدائع 5 / 110: «وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز في الكفارات كلها إلا المؤمنة. والأصل فيه أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار، مطلق عن قيد إيمان الرقبة، والنص الوارد في كفارة القتل مقيد بقيد الإيمان، فحمل الشافعي رحمه الله المطلق على المقيد، ونحن أجرينا المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده»، وقال في الإفصاح 2 / 165: «واختلفوا في اشتراط الإيمان في الرقبة التي يكفر بها المظاهر، فقال أبو حنيفة وأحمد في إحدى روايتيه: ليس يشرط فيها، وقال مالك والشافعي وأحمد في الرواية الأخرى عنه: هو شرط».

(4) العهدة: المسؤولية.

(5) في الأصل: يجزيه.

(6) وهو قول الباجي، ومحققي المالكية كالقاضي أبي بكر، والقاضي أبي محمد وغيرهما، ومحققي الشافعية كأبي الطيب، وأبي إسحاق الشيرازي، وغيرهما، إلا أن يدل القياس على=

موضوع بشيء، لا يوجب تقييد مثله في موضع آخر، كما أن تخصيص العموم في موضع، لا يوجب تخصيص عموم مثله في موضع آخر.

قالوا: ولأنه لو وجب حمل المطلق على المقيد بظاهر الخطاب، لم يكن ذلك بأولى[1] من حمل المقيد على المطلق بظاهر الخطاب[2]. وهذا لأن التقييد له حكم، والإطلاق له حكم، فحمل[3] أحدهما على صاحبه، مثل حمل صاحبه عليه.

قالوا: ولأن تقييد الرقبة في الظهار بالإيمان زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ على ما عرف في مذهبهم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الله عز وجل، أوجب أن تكون الرقبة مؤمنة في كفارة القتل، فوجب رد كفارة الظهار إليها قياسًا، لاجتماعهما في الوجوب، لأن القياس دليل الله في الشرعيات، كالعدالة في الشهادة سواء، لأن الله تعالى أطلقها في البيع[4] وقيدها بالعدالة في الرجعة[5]، فوجب رد مطلقها إلى مقيدها قياسًا لقيام الدليل على أن ذلك شرط صحتها[6] للعلة الجامعة بينهما، كذلك مسألتنا.

وأما القياس، فنقول: رقبة وجب إعتاقها في كفارة واجبة، فوجب تقييدها بصفة الإيمان، دليله: كفارة القتل[7].

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾ [المجادلة: 3] فنحن نقول بموجبها، فإنها لم تتضمن إلا إيجاب[8]

= تقييده، فيلتحق بالمقيد قياسًا. ن: إحكام الفصول 281.

(1) في الأصل: بأولا.

(2) في الأصل: الورود.

(3) في الأصل: يحمل.

(4) حيث قال عز وجل: ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ ﴾ [البقرة: 282].

(5) فقال عز وجل: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: 2].

(6) أي صحة الشهادة.

(7) أي الخطأ لأنه المتفق على وجود التكفير عنه.

(8) في الأصل: يجاب.

رقبة، وأما صفة الإيمان فليس له تعرض في الآية بنفي، ولا إثبات، وإذا لم يكن في الآية تعرض لصفة الإيمان بالنص، تعرض لذلك القياس، لأن كل ما لم يتعرض له النص، فإن القياس يتعرض له.

وقولهم: حمل المطلق على المقيد بظاهر الخطاب باطل في حادثتين.

فالجواب: أن معنى[1] الإطلاق والتقييد[2]: هو أن الآية لم توجب إلا رقبة، ولم يذكر بها صفة أصلاً، فالقياس الشرعي الذي هو دليل الله عز وجل في الشرائع، أوجب صفة الإيمان فيما اختلفنا فيه [فوجب][3] الرد[4] إلى ما أوجب من صفة الإيمان في رقبة كفارة القتل، وليس هذا عندنا من باب [حمل][5] المطلق على المقيد بمجرد اللفظ. وإنما هو قياس أوجبه الشرع.

ولأن عتق الرقبة المعيبة[6] عندهم لا يجزئ[7] فيها، مع[8] أن الله عز وجل إنما اشترط عتق رقبة، ولم يشترط سلامتها من العيوب التي هي الجنون، والجذام، والبرص، وغير ذلك من العيوب [هـ 176] التي لا يجزئ[9] معها العتق، وهذا إلزام قوي.

وقولهم: إن الزيادة على النص نسخ، ليس بشيء، وإنما ذلك تخصيص، وليس بزيادة، ولو كانت زيادة لم تضر، لأن الزيادة ليست[10] بنسخ[11]، فصح ما قلناه. والله أعلم.

---

(1) في الأصل: معنا.
(2) التقييد: الحبس، وتقييد المطلق: «إدخال الشرط والصفات عليه». لغة الفقهاء 142.
(3) تكملة لازمة.
(4) في الأصل: رد.
(5) تكملة لازمة.
(6) في الأصل: المعينة.
(7) في الأصل: يحرى بإهمال الإعجام.
(8) في الأصل: اللهم.
(9) في الأصل: يحرى بإهمال الإعجام.
(10) في الأصل: فليست.
(11) النسخ: «رفع الحكم بنص شرعي متأخر». لغة الفقهاء 479، وانظر: الحدود 49، والتعريفات 240.

مسألة [51]:

[في إعتاق المكاتب في كفارة الظهار، وغيرها من الكفارات هل يجزئ أم لا؟]

لا يجزئ إعتاق المكاتب[1] عن كفارة الظهار، ولا غيرها من الكفارات[2]. وبه قال **الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يجزئ عتقه في جميع الكفارات[4].

واحتج أصحابه: بعموم قوله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: 3]، قالوا: فإذا أعتق المكاتب، فقد أعتق رقبة، لأن المكاتب رقبة على الإطلاق.

قالوا: ولأن المكاتب مملوك من جميع الوجوه، لأن عتقه معلق بشرط أداء الكتابة[5]، فلا يعتق وفيه شيء منه قبل أدائها.

---

(1) المكاتب: «الرقيق الذي تم عقد بينه وبين سيده، على أن يدفع له مبلغًا من المال نجومًا، ليصير حرًا». لغة الفقهاء 455.

(2) قال في الإشراف 2 / 154: «ولا يجزئ فيها المكاتب، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه يجزئ إذا لم يكن قد أدى شيئًا من نجومه». وقال في البداية 2 / 84: «وكذلك لا يجزئ في المذهب ما فيه شركة، أو طرف حرية كالكتابة والتدبير. . .».

(3) قال في المهذب 2 / 116: «ولا يجزئ عتق أم الولد، ولا المكاتب، لأنهما يستحقان العتق بغير الكفارة».

(4) ما لم يؤد شيئًا من نجوم الكتابة، وإلا لم يجزئ. قال في المبسوط 7 / 5: «ولا يجوز إعتاق المكاتب إذا كان أدى شيئًا من بدل الكتابة. .»، وقال في البدائع 5 / 107: «وأما تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحسانًا، إذا كان لم يؤد شيئًا من بدل الكتابة، والقياس ألا يجوز. وهو قول زفر، والشافعي رحمهما الله، ولو كان أدى شيئًا من بدل الكتابة، لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: أنه يجوز».

(5) الكتابة: «عقد بين الرقيق ومالكه، على مال يؤديه الرقيق لمالكه على أقساط، فإذا أداها فهو حر». لغة الفقهاء 377، والمراد بأداء الكتابة هنا: أداء ما وقع العبد على دفعه للسيد.

قالوا: والدليل على ذلك قوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[1]، فإذا خرج عن ملكه بوجه كان خروجه إلى حرية.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الإعتاق ابتداء عقد حرية، فإذا أعتق عن ظهاره[2] مكاتبًا، أو مدبرًا[3]، فهو لم يبتدئ عقد حريته، لأن عقد الكتابة والتدبير[4] قد تقدم قبل ذلك، فوجب أن لا يجزئه.

ولأن المكاتب خارج عن ملكه بوجه، فلا يتأدى بعتقه الكفارة، ذلك أن الواجب عليه إخراج جميعه عن ملكه عتقًا بهذه الجهة، فإذا أخرج بعضه عن ملكه بوجه. وبقي[5] بعضه على ملكه من وجه، فأعتقه عن ظهاره، لم يخرج جميعه عن ملكه على هذا التنزيل، فلم يسقط عنه بذلك الواجب.

والحرف[6] الوجيز: هو أنه أخل بالواجب الذي عليه، فلم يسقط بذلك الواجب الذي عليه. والدليل على أن المكاتب خارج عن ملك سيده من وجه، هو أنه مالك لماله بإجماع الفقهاء[7]، لأن سيده ممنوع من انتزاعه، وأخذ كسبه

---

(1) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته، فيعجز أو يموت. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ.

(2) في الأصل: طهارة.

(3) المدبر: «المعتق عن دبر، أي بعد موت». الطلبة: 135، وانظر: شرح الحدود 524، وحلية الفقهاء 208، ولغة الفقهاء 418.

(4) التدبير: «عقد يوجب عتق مملوك، في ثلث ملكه بعد موته بعتق لازم». شرح الحدود 522، وانظر: التعريفات 54، والأنيس 169، ولغة الفقهاء 126.

(5) في الأصل: بقي.

(6) هذا من اصطلاحات المؤلف، كقوله: وحرف المسألة، وحرف الجدل، وما أشبه ذلك مما يرد من حين لحين، ولعله يريد به: وملخص القول، وخلاصة الكلام، والقول الفصل، وما في معنى ذلك. والله أعلم.

(7) قال ابن المنذر في إجماعه 63: «وأجمعوا على أن للمكاتب أن يبيع ويشتري، ويأخذ ويعطي، ويتصدق فيما فيه الصلاح لماله، والتوفير عليه، على ما يجوز بين المسلمين من أحكامهم».

ومنافعه، فصار[1] بالتصرف في نفسه وماله من سيده فهو[2] في هذا كالحر، لأن تصرفه واكتسابه ليس بنيابة عن سيده، فدل هذا على أنه ملك من وجه، فلم يجز عتقه عن شيء من الواجبات؛ إذ لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مالكًا ومملوكًا، لأنه إذا كان مالكًا من وجه، خرج أن يكون مملوكًا عن ذلك الوجه، وهذا شيء مقطوع به، لا يتأتى[3] لعاقل أن يماري فيه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ [المجادلة: 3]، فإذا أعتق مكاتبًا، فقد أعتق رقبة، لأن المكاتب رقبة على الإطلاق، إلى آخر ما ذكروه. فالمراد بالآية رقبة مملوكة للمعتق من كل وجه، لأن معنى الرقبة هي المملوكة على الإطلاق؛ وقد ذكرنا أن المكاتب ليس بمملوك على الإطلاق.

ولأن من أصل مذهبهم أن رجلاً لو أوصى لرجل بثلث ماله، وله مكاتب، فإن قيمة المكاتب لا تحسب عنهم في ثلث[4] مال الميت، ولا في ثلثيه. وإنما يحسب قيمة الكتابة، فدل هذا من مذهبهم على أن رقبة المكاتب[5]، غير مملوكة على الإطلاق من كل وجه. وهذا إلزام قوي في غاية الإشكال عليهم. والله أعلم.

***

---

(1) في الأصل: وصار.

(2) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(3) في الأصل: يتأتا.

(4) في الأصل: بيت.

(5) في الأصل: الكتاب.

مسألة [52]:

[في تكرير ستين مدًا في كفارة الظهار على مسكين واحد ستين يومًا هل يجزئ أو لا؟]

[إذا][1] كرر ستين مدًا في كفارة الظهار على مسكين واحد في ستين يومًا، أو كرر عشرة أمداد في كفارة اليمين بالله عز وجل على مسكين واحد في عشرة أيام، لم يجزئه ذلك[2]. وبه **قال الشافعي**[3].

وقال أبو حنيفة: يجزئه في ذلك كله[4].

واحتج أصحابه فقالوا: الكفارة حق لله تعالى، لأنها وجبت بالجناية على حقه تعالى، فيكون ذلك الواجب الذي هو حق اللّه تعالى للمساكين، لأن المساكين مصارف حق الله تعالى، قالوا: وكذلك الصلاة عبادة الله تعالى، والكعبة مصرف.

قالوا: والمعنى الذي لأجله أمر أن نصرفها[5] إلى عشرة مساكين، ليصلح[6] بها سد عشر[7] جوعات، هو موجود في المسكين الواحد في عشرة أيام، فجاز صرفها إليه، وقام الواحد في عشرة أيام مقام العشرة نفر

---

(1) تكملة لازمة.

(2) قال في البداية 1 / 306: «وأما المسألة الثانية وهي اشتراط العدد في المساكين، فإن مالكًا والشافعي قالا: لا يجزئه، إلا أن يطعم عشرة مساكين، وقال أبو حنيفة: إن أطعم مسكينًا واحدًا عشر أيام أجزأه».

(3) قال في المهذب 2 / 117: «ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكينًا...».

(4) قال في المبسوط 7 / 17: «ولو أطعم الطعام كله مسكينًا واحدًا، لم يجزئه في دفعة واحدة، لأن الواجب تفريق الفعل بالنص، فإذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد، كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة، ولو أعطاه في ستين يومًا أجزأه عندنا، ولا يجزئه عند الشافعي رحمه الله تعالى». وانظر: البدائع 5 / 104 - 105.

(5) في الأصل: بصرفها.

(6) في الأصل: ليضلح.

(7) في الأصل: هدر.

في يوم واحد.

قالوا: ولا يلزم على ما قلناه من هذا[1] ما إذا صرف الجميع في يوم واحد إلى مسكين واحد، حيث لا يجزئه، لأنه [لا][2] يوجد له في اليوم الواحد عشر جوعات، فلم يمكن أن يقام مسكين واحد بإفراده في يوم واحد، مقام عشرة مساكين.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: 4]، وقوله تعالى في كفارة اليمين بالله: ﴿إِطْعَامُ[3] عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: 89]، وهذا أمر من الله عز وجل، ولا يكون فاعله ممتثلاً، حتى يفعل ما ورد به نص القرآن، وهو اعتبار العدد من إطعام ستين مسكينًا في الكفارة الكبرى، أو عشرة في كفارة اليمين [هـ 177] بالله تعالى، فإذا أطعم واحدًا[4]، فإن الواحد لا يكون ستين[5]، ولا يكون عشرة، كما أن الستين والعشرة، لا يكونون واحدًا بحال، وإذا كان ذلك كذلك، وجب اعتبار العدد، لأن اعتبار العدد في الكسوة واجب بإجماع منا ومنهم، فيجب أن يكون العدد في الأطعمة كذلك.

وتجويز القياس هو أن يقول: حق وجب لعدد، فلا يجوز صرفه إلى أحد[6] منهم. دليله: إذا كان عليه دين لستين، أو لعشرة، حيث لا يجوز صرف ذلك إلى واحد منهم دون بقية أصحابه.

ويدل على صحة هذا: ما لو أوصى لعشرة مساكين بإطعام، وأوصى[7] لعشرة بجزء من ماله، فصرف ذلك إلى واحد، لا يجوز بإجماع،

---

(1) في الأصل: بهذا.

(2) تكملة لازمة.

(3) في الأصل: فإطعام وهو خطأ.

(4) في الأصل: واحد.

(5) في الأصل: شتبن.

(6) هكذا في الأصل، وهو فصيح صحيح لغة، غير أن استعماله هنا مشكل، موهم خلاف المراد، ولو كتب بدله: واحد، لكان أصرح وأقطع والله أعلم.

(7) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: أو أوصى.

فيجب[1] أن تكون مسألتنا كذلك، لأن المسألتين في المعنى واحد، لأن إحداهما واجبة عن وصية، والأخرى[2] واجبة عن كفارة.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن الكفارة حق الله تعالى، لأنها وجبت بالجناية على حقه، ومصرفها المساكين، فهو باطل بالصلاة، فهي تعظيم[3] للمعبود جل وعز، وليس يتصرف وجوبها إلا إليه جل وعلا.

وقولهم: إنه وجد في عشرة أيام سد عشر جوعات، فهو باطل بما ذكرناه من وجوب العدد، وأن الواحد[4] لا يكون عشرة، ولا ستين بحال، ويبطل عليهم بما لو دفع الجميع في يوم واحد لمسكين واحد.

وقولهم: إنما لم يجزئ دفعها في يوم واحد لمسكين، لأنه لا يوجد له في اليوم الواحد عشر جوعات، غير صحيح. لأن هذا المسكين لو كان شبعان في وقت دفعها إليه، أو كان جائعًا، فلم يأكل منها شيئًا، ودفعها هذا المسكين إلى غيره، لم يجز ذلك، فإذا جعل فقد الجوع ووجوده سواء في [عدم][5] الإجزاء، بطل ما قالوه. والله أعلم.

* * *

---

(1) في الأصل: فتجب.

(2) في الأصل: والأخرا.

(3) في الأصل: تعظيمًا.

(4) في الأصل: الواجب.

(5) تكملة لازمة.



كتاب الرضاع[1]

مسألة[2] [53]:

[في المصة الواحدة هل تقع بها الحرمة أو لا؟]

المصة الواحدة إذا وصلت إلى جوف الرضيع تقع بها الحرمة[3]. **وبه قال أبو حنيفة**[4].

وقال الشافعي: لا تقع[5] الحرمة بأقل من خمس رضعات[6].

واحتج أصحابه بحديث ابن[7] أبي مليكة، عن ابن الزبير[8]، عن عائشة

---

(1) الرضاع: «وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء». شرح الحدود 223، وانظر: حلية الفقهاء 187، والطلبة 105، والتعريفات 111، والأنيس 152، ولغة الفقهاء 223.

(2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(3) قال في التفريع 2 / 68: «والمصة الواحدة من الرضاعة محرمة»، وقال في الإشراف 2 / 174: «تحرم المصة الواحدة»، وانظر: البداية 2 / 26 - 27.

(4) قال في تحفة الفقهاء 2 / 254: «... ثم عندنا قليل الرضاع وكثيره سواء في حال الصغر في التحريم، وقال الشافعي: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات»، وقال في البدائع 4 / 7: «ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء، وعامة الصحابة رضي الله عنهم، وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما: أن قليل الرضاع لا يحرم، وبه أخذ الشافعي، فقال: لا يحرم إلا خمس رضعات متفرقات».

(5) في الأصل: يقع.

(6) قال في المهذب 2 / 156: «ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات».

(7) هو أبو بكر عبد الله بن عبيد الله أبي مليكة التيمي المكي. ولي قضاء الطائف من جهة ابن الزبير، كان من كبار أصحاب ابن عباس رضي الله عنهما، روى عن عائشة، وأم سلمة، وأسماء، وعنه ابنه يحيى، وعطاء، وعمرو بن دينار، وثقه أبو حاتم، وأبو زرعة، توفي بمكة سنة 119 أو 117هـ.

ترجمته في طبقات الشيرازي 69 - 70، وطبقات الحفاظ 48، والخلاصة 205.

(8) في الأصل: أبي الزبير المكي، وهو خطأ. والصواب: ابن الزبير كما أثبتناه، من صحيح مسلم 4 / 166، وسنن أبي داود 2 / 224، ونصب الراية 3 / 217، وطريق الرشد 2 / 20. =

رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «لا تحرم المصة ولا المصتان»[1] وبما روي عن عبد الله[2] بن الحرث، عن أم الفضل[3] أن رجلاً قال للنبي عليه السلام: إني تزوجت امرأة وتحتي أخرى، فزعمت الأولى[4] أنها أرضعت الثانية رضعة أو رضعتين. فقال له عليه السلام: «لا تحرم الإملاجة[5] ولا الإملاجتان»[6].

واحتجوا أيضًا بحديث عمرة[7] عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت:

= وابن الزبير هذا هو: عبد الله بن الزبير بن العوام، أول مولود بعد الهجرة، أمه أسماء بنت أبي بكر، قتل سنة 73هـ بمكة. ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 6 / 189، والإصابة 6 / 83.

(1) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الرضاع باب في المصة والمصتين، وأبو داود في سننه في كتاب النكاح، باب هل يحرم ما دون خمس رضعات، والترمذي في سننه، في أبواب الرضاع، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، كلهم عن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها، وبلفظ واحد إلا مسلمًا ففيه: «والمصتان»، بدل «ولا المصتان».

(2) هو عبد الله بن الحرث بن نوفل بن عبد المطلب الهاشمي، من أولاد الصحابة، حنكه النبي ﷺ، روى عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، وعنه أبناؤه، والزهري، وثقه ابن معين وغيره. قال ابن سعد: مات بعمان سنة 84هـ، خرج له الجماعة.
ترجمته في الخلاصة 194.

(3) هي لبابة بنت الحرث أو الحارث بن حزن الهلالية، زوجة العباس بن عبد المطلب وأخت ميمونة أم المؤمنين. أسلمت قديمًا، حتى قيل: إنها أول امرأة أسلمت بعد خديجة رضي الله عنها. روى عنها ابنها عبد الله، وأنس، وكريب، وعبد الله بن الحرث بن نوفل، ماتت بعد العباس في خلافة عثمان رضي الله عنه.

(4) في الأصل: الأولا.

(5) الإملاجة: «المرة من الإملاج وهو الإرضاع» الطلبة 105، وانظر: لغة الفقهاء 89.

(6) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، في كتاب الرضاع باب في المصة والمصتين، ونصه بتمامه عنده: «عن أم الفضل قالت: دخل أعرابي على نبي الله ﷺ، وهو في بيته، فقال: يا نبي الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحدثى، رضعة أو رضعتين، فقال نبي الله عليه السلام: «لا تحرم الإملاجة والإملاجتان»».

(7) هي عمرة بنت عبد الرحمٰن بن سعيد، أو سعد بن زرارة الأنصارية المدنية الفقيهة، سيدة=

«كان فيما أنزل من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخن بخمس، فتوفي رسول الله ﷺ، وهما مما يقرأ من القرآن»[1].

والدليل على صحة ما قلناه: عموم قوله عز وجل: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: 23]، فوجب تعليق الحكم بما يقع عليه اسم رضاع إلا أن يأتي ما يخص ذلك من سنة، أو إجماع، أو دليل.

ولأن قوله عز وجل: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: 23]، معطوف على قوله: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ [النساء: 23]، فيكون تقدير التلاوة: حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم، وأخواتكم مع ما ذكرنا معهن، وحرمت عليكم أمهاتكم اللاتي أرضعنكم، وحرمت عليكم أخواتكم من الرضاعة. ويكون المعنى: حرمت الأم من الرضاعة، والأخت من الرضاعة بسبب الرضاع.

فإذا صح أن اسم الرضاع، يتعلق به التحريم، فهو يحصل بنفس الفعل، وإن قل.

ولأن الإرضاع فعل مثل الإعطاء[2] والإصغاء، وما أشبه ذلك، ولأن الفاعل يتصف به وإن قل، ولأن الرضاع فعل يتعلق به تحريم مؤبد، فتعلق نفسه[3] من غير اعتبار عدد. دليله: الوطء.

ولأن اللبن في حق الصغير يقع به الغذاء، كما أن الماء الذي هو المني

= نساء التابعين. روت عن عائشة، وأم حبيبة، وأم سلمة، وطائفة. وعنها: أبو بكر بن حزم، وسليمان بن يسار، والزهري، وخلق وثقها ابن المديني، وفخم أمرها، وخرج حديثها الستة. توفيت قبل متم المائة من الهجرة.

ترجمتها في الخلاصة 494.

(1) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب الرضاع: جامع ما جاء في الرضاعة، وقال: وليس على هذا العمل، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الرضاع، باب في المصة والمصتين، وأبو داود في سننه في كتاب النكاح، باب هل يحرم ما دون خمس رضعات.

(2) في الأصل: الأعضاء.

(3) هذه الجملة هكذا في الأصل، ولا معنى لها، ويحتمل أن صوابها والله أعلم: «فتعلق التحريم به نفسه، من غير اعتبار عدد».

به يقع إثبات الحرمة بسبب البعضية، لأن الماء أصل للخلقة، وتربية[1] تلك الخلقة باللبن، فالماء به وقع البدء[2]، واللبن به وقع النشور[3]، فوجب أن يقع التحريم بأدنى ما يقع عليه اسم رضاع، كسائر الأحكام المتعلقة بأقل ما يقع عليه الاسم.

ولأنه لما لم يشترط في تحريم الرضاع كل الرضاع، وجب أن يقع الاكتفاء بجنس من الرضاع، يبينه أن الماء سبب اللبن، والنكاح سبب الماء، فإنا لم نعتبر العدد لا في النكاح، ولا في الماء، وكذلك في اللبن.

ولأن الإفطار في الصوم يقع بأقل المتناولات، ولا يعتبر فيه عدد، فكذلك مسألتنا.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من حديث المصة والمصتين الذي يروونه[4] عن ابن الزبير عن عائشة، هو دليل عليهم، لأن مفهومه أن التحريم يقع بالثلاث والمفهوم عندهم حجة، والتحريم عندهم لا يقع إلا بالخمس.

وهذا إنما أوردناه على طريق الجدل والمضايقة لهم، وإلا فالحديث مضطرب، لأنه يروى عن ابن الزبير عن عائشة عن النبي عليه السلام، ويروى أنه من قول عائشة، وروي عن ابن الزبير عن النبي ﷺ، ومع هذا الاضطراب لا تقوم لهم به حجة[5].

---

(1) وبرتبة.

(2) في الأصل: البدو.

(3) النشور: الانتشار. والمراد: النمو. ن: تهذيب الأسماء واللغات 3 / 167، ولغة الفقهاء 480.

(4) في الأصل: برونه.

(5) قال الترمذي في سننه في أبواب الرضاع، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان: «وروى محمد بن دينار عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عبد الله بن الزبير، عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام، وزاد فيه محمد بن دينار: عن الزبير عن النبي ﷺ. وهو غير محفوظ والصحيح عند أهل الحديث حديث ابن أبي مليكة، عن عبد الله بن الزبير، عن عائشة عن النبي ﷺ. حديث عائشة حديث حسن صحيح. . .» وحديث عائشة هذا أخرجه مسلم في صحيحه كما سبق. =

وأما حديث أم الفضل، غير صحيح [هـ 178] جملة[1].

وأما حديث عمرة عن عائشة. أنها قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، فنسخن بخمس، فتوفي رسول الله ﷺ، وهو مما يقرأ من القرآن» ففيه اضطراب أيضًا[2]، لأنها رضي الله عنها زعمت أن العشر[3] نسخ بخمس، ثم كانت تبعث بمن تريد أن يدخل عليها من الرجال إلى أختها أم كلثوم[4]، وبنات أخيها، فتأمرهن أن يرضعنه[5] عشر[6] رضعات، وهي تقول: إن العشر نسخن بخمس، والمنسوخ لا يكون حجة، ثم زعمت أن النبي عليه السلام توفي وهو مما يتلى في القرآن، فلو كان قرآنًا

= وذكر في نصب الراية 3 / 217 أن ابن حبان أخرج: «لا تحرم المصة والمصتان» من حديث ابن الزبير مرفوعًا، ثم قال: «ولا يستنكر سماع ابن الزبير لهذا من النبي ﷺ؛ وقد سمعه من أبيه، وخالته، لأنه مرة روى ما سمع، ومرة روى عنهما»، وقال: «وهذا شيء مستفاض من الصحابة». ثم ذكر أن العقيلي قد أعله بمحمد بن دينار الطاحي، وأسند تضعيفه عن أحمد، وابن معين. والله أعلم.

(1) كيف. وقد أخرجه مسلم في صحيحه كما تقدم.

(2) في الأصل: أيضى.

(3) في الأصل: بعشر، وهو خطأ.

(4) هي أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق التيمية، تابعية، مات أبوها، وهي حمل، فوضعت بعد وفاة أبيها. روى عنها جابر بن عبد الله، وجابر بن حبيب، وطلحة بن يحيى، وروت عن عائشة رضي الله عنها. حديثها في الصحيحين.

ترجمتها في الإصابة 13 / 282، والخلاصة 499.

(5) في الأصل: ترضيعية.

(6) قال في الموطأ في كتاب الرضاع: رضاعة الصغير: «عن نافع أن سالم بن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به وهو يرضع إلى أختها أم كلثوم بنت أبي بكر، فقالت: أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل علي». وقال فيها أيضًا: «عن عبدالرحمٰن بن القاسم عن أبيه أنه أخبره أن عائشة زوج النبي ﷺ، كان يدخل عليها من أرضعته أخواتها، وبنات أخيها».

وانظر سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في من حرم به، ففيه أنها كانت تطلب من أخواتها وبنات أخواتها أن يرضعن من أحبت أن يدخل عليها خمس رضعات، لا عشر.

ثابتًا لأثبت في[1] اللوحين، إذ النسخ لا يكون بعد النبي ﷺ، فضعف التعلق به من كل وجه[2].

* * *

(1) هكذا في الأصل: ويحتمل أن الصواب: بين. والله أعلم.

(2) قال في البدائع 4 / 7 - 8: «وأما حديث عائشة رضي الله عنها، فقد قيل إنه لم يثبت عنها. وهو الظاهر، فإنه روى أنها قالت: «توفي النبي ﷺ، وهو مما يتلى في القرآن». فما الذي نسخه، ولا نسخ بعد وفاة النبي ﷺ؟ ولا يحتمل أن يقال: ضاع شيء من القرآن. ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء: أن هذا حديث منكر، وأنه من صيارفة الحديث، ولئن ثبت، فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير، فنسخ العدد رضاع الكبير».

مسألة [54]:

[في لبن الميتة. هل يحرم أم لا؟]

إذا دب صبي إلى امرأة ميتة، فالتقم ثديها، وارتضع منه لبنًا، أو حلب من ثدي هذه المرأة الميتة لبن، فسقي للصبي. فإن الحرمة تثبت به[1] **وبه قال أبو حنيفة**[2].

وقال الشافعي: لا تثبت به حرمة[3].

واحتج أصحابه فقالوا: لبن انفصل عن محل خال[4] عن الحرمة، فوجب ألا يتعلق به حرمة. دليله: لبن البهيمة.

قالوا: ولأن هذه المرأة الميتة، ليست بمحل حرمة للنكاح؛ إذ لا يتصور النكاح إلا في محل النكاح. قالوا: وحرمة اللبن، تابعة لحرمة صاحبة اللبن، وإذا لم تكن صاحبة اللبن محل الحرمة، لم يقع التحريم بينهما جملة.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن هذا اللبن وإن كان نجسًا، فإن نجاسته لا تخرجه عن كونه مغذيًا، مصلحًا لحال الصبي، ألا ترى أن لحم الميتة مغـذ، مقوم للنفس؟ وإن كان نجسًا حـرامًا، فـإن ذلك لا يخرجه عن كونه مغذيًا مقويًا للنفس[5]، حتى إن الله تعالى أباح أكله للمضطر لصلاحية نفسه وقوامها، فقال: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 173]، وهذا الذي قلناه له تأثير، وهذا التأثير، أن التربية تحصل به، كما

---

(1) قال في الإشراف 2 / 175: «الارتضاع من الميتة يوجب التحريم خلافًا للشافعي. .»، وقال في المنتقى 4 / 150: «. . . وسواء كان لبن حية أو ميتة، خلافًا للشافعي. . .»، وقال في التفريع 2 / 68: «وإذا ارتضع صبي من امرأة ميتة، وقعت بذلك الحرمة».

(2) قال في تحفة الفقهاء 2 / 354: «وكذا عندنا تثبت حرمة الرضاع بلبن الميتة، وعند الشافعي لا يقع به التحريم». وانظر: البدائع 4 / 8.

(3) قال في المجموع 18 / 223: «إذا شرب لبن امرأة ميتة، فإنه لا تنتشر الحرمة. وبهذا قال الخلال. . .».

(4) في الأصل: حال.

(5) في الأصل: لنفس.

تحصل[1] باللبن الحلال. والدليل على صحة هذا: هو أن النبي ﷺ اعتبر في حرمة الرضاع ما أنبت اللحم، وأنشر[2] العظم[3]. وقال عليه السلام: «الرضاع ما فتق الأمعاء»[4] وكل هذا موجود في اللبن الطاهر [والنجس][5].

ولأنه لو جلب منها هذا اللبن حال الحياة، ثم سقيه[6] هذا الصبي بعد موتها، لثبتت به الحرمة.

ولأن غاية ما في الباب، أن تموت المرأة، فينجس الوعاء[7] الذي فيه اللبن، وكون اللبن في الوعاء النجس، ككونه بالوعاء الطاهر في ثبوت الحرمة.

فإذا ثبت هذا، فقولهم: لبن انفصل عن محل خال[8] عن الحرمة. غير صحيح؛ بل الحرمة باقية له بعد الموت، بدليل تحريم النظر إليها، واللمس لها.

وأيضًا فإن حرمة اللبن ليس بتابع لحرمة المرأة، بل له حرمة أصلية، مثل الولد الذي له حرمة أصلية.

---

(1) في الأصل: يحصل.

(2) في الأصل. وانتشر، وأنشر العظم: «شده وقواه». قال ابن الأثير: «ويروى بالزاي» اللسان / نشر.

(3) من ذلك ما أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 172 - 173 عن ابن مسعود رضي الله عنه في كتاب الرضاع، ونصه: «قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم، وأنشر العظم»». وفي سنن أبي داود في كتاب النكاح باب في رضاعة الكبير نحوه.

(4) أخرجه الترمذي في سننه في أبواب الرضاع، باب ما جاء أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين عن أم سلمة رضي الله عنها، بلفظ هذا نصه: «قال رسول الله ﷺ: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء، في الثدي، وقبل الفطام»»، وقال: هذا حديث حسن صحيح. وبلفظ: «لا تحرم من الرضاعة المصة ولا المصتان، ولا يحرم إلا ما فتق الأمعاء». أخرجه الدارقطني في سننه 4 / 173 في كتاب الرضاع عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(5) تكملة يقتضيها السياق.

(6) في الأصل: سقته.

(7) لعل المراد بالوعاء هنا ثدي الميتة.

(8) في الأصل: حال.

ولأن هذا اللبن ليس بجزء من الأصل حتى يتبعه في الحرمة؛ بل هو شيء يخلقه الله في ثديها مثل الولد الذي هو مودع في بطنها بأصل الخلقة، فوجب أن يثبت للبن حرمة بنفسه، كما ثبت للولد حرمة في نفسه.

ولأن اللبن في حال حدوثه، له حرمة الأصل باتفاق منا ومنهم، فوجب أن تكون حرمته باقية، كما لو حلب منها حال الحياة، ثم سقيه هذا الصبي بعد موتها.

والدليل على أن حرمة اللبن معتبرة حال حدوثه، وهو أن المال[1] يتعلق به، فيما لو باع شاة لبونًا بلبن، حيث لا يجوز، لأن وجوده محسوس في الضرع، كما أن وجوده محسوس بعد الحلب. فثبت بهذا أن حرمة اللبن قبل الحلب معتبرة حقيقة وحكمًا.

وقولهم: إن هذه المرأة الميتة ليست بمحل حرمة النكاح؛ إذ لا يتصور النكاح إلا في محل النكاح، إلى آخر ما ذكروه، فكله خارج عما قلناه، لأن النكاح إنما صار سببًا للحرمة من حيث صار سببًا للبعضية. واللبن إنما [صار][2] سببًا للحرمة حيث صار سببًا للتربية والتغذية. وهذا المعنى فيه موجود قائم، انفصل عن ثدي المرأة الميتة، أو لم ينفصل. والله أعلم.

***

(1) في الأصل: الما.

(2) تكملة لازمة.

فهرس الموضوعات

* * *



دَارُ الغَرْبِ الإِسْلَامِي

تــونــس

لصَاحبهَا الحَبيب اللَمسي

6 نهج الدالية بالفي - تونس - تلفون: 0021671393360 - فاكس: 0021671396545 - خليوي: 216-96-346567

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.: 200 - R.P. 1015 TUNIS

الرقم : 495/ 1000 / 1 / 2009

التنضيد : عمّان ـ الأردن

الطباعة : دار صادر ـ بيروت ـ لبنان

Tahdhīb al-Masālik

fī Nuṣrat Madhhab Mālik

By

Abū 'l-Ḥajjāj Yūsuf b. Dūnās

Al-FANDALĀWĪ

d. 543 H.

Edited and annotated by

Prof. Dr. Aḥmad al-Būshaykhī

VOL.II



Dār al-Gharb al-Islāmī

Tunis 2009